GIURISPRUDENZA
FORENSE
UNITA
AL DIRITTO PATRIO

GIURISPRUDENZA

FORENSE

UNITA

AL DIRITTO PATRIO

DELL' AVVOCATO

GIUSEPPE CASSIANI INGONI

PROFESSORE EMERITO NELLA R. UNIVERSITÀ

DI MODENA.

VOLUME I.

MODENA

PER GLI EREDI SOLIANI

TIPOGRAFI REALI

1827.

PREFAZIONE

Praefationes = *dice Cajo nella legge* 1. *ff. de origine juris* = *et libentius nos ad lecturam perducunt; et cum ibi venerimus evidentiorem praestant intellectum.* =

Prima perciò d'intraprendere la sposizione della Giurisprudenza Forense combinata col Patrio Diritto, prezzo io stimo dell'opera il premettere una idea di questa scienza, delle parti principali in che la divido, e dell'ordine che terrò nelle mie Lezioni; così al passeggiero più grato riesce il viaggio, qualora in prevenzione ne conosca il cammino.

La Giurisprudenza Forense pertanto è il complesso di quelle teorie, cautele, interpretazioni, ed opinioni di Giureconsulti, che dai Tribunali, e dal Codice Patrio sono state come leggi in pratica adottate.

Essa suppone noti gli elementi del gius romano; in questo ha il suo fondamento, ma non è lo stesso che il gius romano. Direi che questo presenta la legge scritta, e la Forense il gius consuetudinario. Divido questa scienza in tre sezioni, che formano lo studio di tre anni. Ho cercato combinar le cose in modo che si possa senza confusione d' idee incominciarlo da qualsiasi delle tre sezioni.

La prima tratta del modo di attitare una causa, ossia della procedura civile. Mostra l' organizzazione dei nostri Tribunali giudiziarj, dà idea de' diversi giudizj, parla delle quattro cause del giudizio, cioè dell' efficiente ossia delle persone che nel giudizio o essenzialmente, o utilmente, o per accidentalità hanno parte; della formale, cioè degli atti sostanziali del processo, senza cui non può star giudizio; della materiale, che consiste nelle azioni dell' attore, e nelle eccezioni del reo; e della finale, che è la sentenza, ed esecuzione della medesima, per cui a ciascuno viene attribuito ciò che per giustizia gli è dovuto, unico fine delle giudiziarie leggi. Infine dà idea dei particolari giudizj straordinarj, che dalle norme più o meno si scostano degli ordinarj.

La seconda si aggira sugli atti fra vivi, perciò sui tre oggetti del gius, persone, cose, azioni. Divide le persone in tre classi; la prima è di quelle che non possono assolutamente contrattare; la seconda di quelle che contrattano bensì, ma dipendentemente dall' osservanza delle solennità rispettivamente dalle leggi prescritte; l' ultima di chi può ad arbitrio procedere a qualsiasi legittima convenzione. Addimostra quali cose possono servire di materia ai contratti, e quali sono fuori dell' umano commercio; di quante specie siano le convenzioni umane, o generose, o correspettive, o vere,

o presunte, o principali, od accessorie; quali forme aver queste debbono, e quali azioni ne emergono; infine come si tolgono le obbligazioni.

La terza per ultimo ragiona degli atti di ultima volontà dell' uomo, e così delle successioni testate, vale a dire dei testamenti solenni, o meno solenni ossiano privilegiati, dei codicilli, delle donazioni a causa di morte, dei legati, dei fedecommessi, delle successioni intestate, o legittime che han luogo mancando le testate, divise secondo l' ordine di Giustiniano, e del modo con cui si adisce, e si divide l' eredità.

Lascierò agli antichi il costume d' innalzare alle stelle gli oggetti dei loro scritti legali; benchè le lodi profuse alle materie da essi trattate rispettivamente, tutte a gran ragione potessero a questa nostra scienza attribuirsi, mentre porta le sue ispezioni su tutto il corpo del diritto Giustinianeo, e forma perciò la parte più estesa, più utile, più necessaria della scienza legale. Benchè il gius romano presenti in complesso l' opera della sapienza umana, benchè non sia possibile formare un piano di legislazione senza adottarne i principii, benchè in fine per questa eccellenza sia stato dalla maggior parte delle più colte nazioni adottato, ed abbia perciò meritato il nome di Gius Comune, *non ostante non lascia di presentare grandi errori, quantità di leggi o non adattate a' nostri tempi, ai nostri costumi, alla nostra augusta Religione, o affatto inutili, molti vuoti, e talora grande oscurità. A tutto ciò porta medica mano questa nostra scienza, e non manca che un altro Genio Giustinianeo, che raccogliendo di nuovo le sparse, e rare gemme della giurisprudenza romana e forense, ne formi un nuovo tesoro. Lungo sarebbe il dimostrare partitamente, che forse non vi ha parte del gius romano, cui la forense giuri-*

sprudenza non abbia estese le sue modificazioni, ora col restringere, ora ampliando, ora dichiarazioni ammettendo. Ci contenteremo di scorrere rapidamente le parti somme del Gius, onde provare la verità di che si ragiona.

Della forma di procedura civile romana quasi nulla oggi fra noi rimane dacchè, abolita la disposizione dell' autentica offeratur Cod. de Litis contestatione, *subentrò nel Foro il disposto della Clementina* saepe de verborum signification. *Così l' equità fu sostituita alla sottigliezza del diritto. Quante cose non furono cambiate, quante tolte di mezzo nel foro sul libello, sul modo di citare il reo convenuto, sulla contestazione della lite, sulle clausole, sui modi di attitare le cause? Furono abolite quelle concezioni solenni di parole, delle quali una sola che fosse mancata per caso nella petizione, portava la perdita della causa, benchè in merito a buon diritto poggiata. Il giuramento di calunnia, causa infausta di molti spergiuri, andò in disuso; furono introdotte le posizioni; i termini abbreviati; ed altri salutari cambiamenti ebbero luogo, come avrassi campo di osservare, svolgendo le regole di giudiziaria procedura. Ma soprattutto merita encomio particolare l' erezione dell' uffizio di Conciliazione, per cui niuna parte è ammessa a litigare, se prima non prova avere inutilmente tentata nanti il Giudice di Pace la via della composizione.*

Se riguardasi la seconda Sezione, Atti fra vivi, *troviamo cambiate molte cose sulle persone. Giustiniano chiamava alla tutela de' pupilli i più prossimi congiunti, senza osservare la distinzione fra gli Agnati, ed i Cognati; oggi sono preferiti quelli a questi, come nell' antichissimo diritto romano. Giustiniano accordava ai minori lesi nei contratti la restituzione in intero; oggi, posti sotto la sor-*

veglianza d' un Magistrato, garantiti da certe solennità, non più godono i minori di questo pericoloso benefizio. Il Senato-Consulto Vellejano sulle Donne, difese oggi dal concorso del Giudice autorante, assistite o dal marito, o da' prossimi congiunti ne' loro contratti, e talora da deroga Sovrana, andò in disuso. La Patria Podestà, quanto non fu cambiata, ed all'equo, ed al giusto ridotta? Regolata, e ristretta la facoltà di acquistare nelle Mani-morte, negli Ebrei, e nei Forestieri; tutta in somma venne modificata quella parte di diritto che le persone concerne.

Nè fu diversamente sulla materia de' contratti, cioè sulle cose. In quelle di diritto divino tolse la Giurisprudenza forense tutto quanto odora dell' antica superstizione pagana dei Romani, e che Giustiniano certamente ritener non doveva ne' suoi Codici, dacchè ebbe la sorte di nascere in grembo alla Divina Cristiana Religione; modificazioni utili portò sull'uso, e sulla proprietà delle cose un giorno comuni; decise la quistione se le azioni dovessero ascriversi alle cose mobili, od immobili; tolse dubbj gravi sulle servitù in generale, ed in ispecie sulle servitù oneris ferendi, altius tollendi vel non tollendi, luminum, viae, *e sull' usufrutto; introdusse le teorie sulle cose ecclesiastiche, sui gius patronati, sulle decime, e sui benefizj, e levò dal commercio umano molte cose, che sono alla società nocive, come i libri d'improba lettura, le pitture oscene, l' armi perniciose, e simili.*

Sulle convenzioni in genere bandì la differenza fra il patto ed il contratto, e volle che l' azione, e l' eccezione nascessero indistintamente da ambidue, mentre una volta il patto dava solo eccezione, e non diritto di agire. Non lasciò, per così dire, intatta convenzione alcuna particolare; segnatamente tolse di mezzo una quantità infinita

di quistioni pratiche sulle medesime. Volle revocabile sempre la donazione per sopravvenienza di figli al donante, che prima ne era privo, mentre il gius comune ciò solo prescriveva fra donante Patrono, e donatario Liberto. Mise in chiaro come si revochi la donazione o ex tunc, *o* ex nunc *secondo i casi diversi, ed a qual tempo debba aversi riguardo per determinare se dessa sia, o inofficiosa: nel mutuo a chi stia fra il mutuante e mutuatario la perdita, o l'aumento della moneta; nel mandato decise l'agitata controversia, su quale de' contraenti debba ricadere il caso fortuito, e quale colpa abbia a prestarsi dalle parti, locchè formava una fra le più illustri quistioni di gius; quale colpa debba prestarsi nel deposito tanto* in ommittendo *che* in committendo; *come abbia ad agire il debitore per liberarsi col deposito, dalla propria obbligazione. Tolse di mezzo la scrupolosa formalità di parole nel contratto verbale, e nella dote; il dubbio sul dominio della medesima, se nella moglie si trovi, o nel marito. Abolì l'ingiusto principio, che la donna per le sue doti dovesse aver preferenza contro = omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati = Leg.* 12. *Cod. qui potiores in pignor. etc. Regolò il lucro dotale spettante ai mariti; purgò da molti dubbj la dottrina sulle rinunzie segnatamente sui diritti futuri aventi causa de praeterito, o de futuro. Decise che l'error di calcolo nelle transazioni dovesse, come negli altri contratti, e come il vuol ragione essere corretto, e che le transazioni lesive oltre il giusto fossero nulle. Soppresse, come fonte perenne di liti, l'eccezione non numeratae pecuniae, o non numeratae dotis. Decise quando abbia a restituirsi il denaro o prestato, o fenerato qualora manchi la prefinizione di tempo nel contratto, o sia ciò rimesso all'arbitrio del debitore, o al di lui comodo.*

Eliminò la velenosa quistione se, e quando il cedente privilegiato trasmetta al cessionario la sua privilegiata azione; se, e quando il socio debba il frutto sul denaro sociale; quando debba rescindersi per lesione una vendita; quando abbia a dirsi perfetta, onde determinare positivamente a chi star debba la perdita, o l'utile nelle cose comprate; come calcolarsi il caso fortuito nella locazione. Corresse la massima della Leg. 3. de jure emphit. che il danno recato dal livellario il fondo lo privi del comodo del contratto. Diè regola ai patti di mezzadria, e in piano ordinato ridusse le regole tutte sui privilegi e sulle ipoteche. Nè intatti lasciò i contratti accessorj, e segnatamente la sicurtà, sciogliendo il dubbio, se possa più, o in più il fidejussore obbligarsi del principale debitore; i quasi contratti, e i modi coi quali si estinguono le obbligazioni; ma in ispecie utilissime innovazioni portò sulle prescrizioni.

In fine sugli atti di ultima volontà la Giurisprudenza nostra ha persino cambiati i principii del gius romano. Oggi si può morire parte testato e parte intestato, per un tempo testato, per l'altro intestato. Si può lasciar la legittima ai figli anche senza titolo onorevole d'instituzione; può il carcerato per delitto capitale far testamento, benchè condannato a morte, e così il bandito capitalmente, purchè non sia incorso nel confisco dei beni; ponno istituirsi i figli nascituri, locchè tutto era vietato. Ha regolati e ristretti i fidecommessi, e le primogeniture, non che le sostituzioni. Poteva il padre, testando pel figlio pupillo, privar la madre e rispettiva moglie della legittima; la Giurisprudenza nostra corresse un tale errore. Questa nella successione intestata preferisce in genere l'agnazione alla cognazione; all'opposto Giustiniano dava l'eredità al prossimiore, senza distinguere agnazione da co-

gnazione. Alle donne riserva i diritti di legittima, di cui da quasi tutti gli statuti erano state ingiustamente private.

Lascia, dissi, il gius romano molti vuoti. Infatti l' utilissima materia, tanto in pratica oggi adoperata, dei Censi; il gius Cambiario, e le teorie delle cambiali, il cui ritrovato diede nuova vita al commercio, fonte delle nazionali ricchezze; il contratto di assicurazione che incoraggisce, ed aumenta le speculazioni de' trafficanti; le famose teorie di Ancarano, Angelo, Baldo, Bulgaro, Bartolo, Cumano, Fulgosio, Imola, Socino, nate ed in foro ammesse tanto posteriormente al gius romano, son materie del tutto ignote allo stesso gius; ed all' opposto a qual' uso oggi servono a noi le materie del giustinianeo diritto trattate nelle Instituzioni lib. 1.° ai titoli degli Ingenui, de' Servi, de' Libertini, delle manumissioni, della Legge Fusia Caninia; li diciotto titoli interi del terzo libro, molte delle azioni del quarto, e, fra le altre, le azioni noxali, le altre in duplum, triplum, quadruplum? Nelle pandette li diciotto lunghi, ed interi titoli del libro primo, che ragiona dell' antica gerarchia fra Romani, alcuni de' secondi, che riguardano l' inconvenientissimo modo antico di chiamare in giudizio, le opere dei servi, le noxali azioni, i servi corrotti e fuggitivi, le cose religiose, ed i sepolcri, il Vellejano, i Liberti, e Libertini, i Manumessi, la legge Elia Senzia, ed altre moltissime sono oggi, tranne l' erudizione, affatto inutili a sapersi pel foro.

Infine quante leggi non sono pertinacemente oscure, fra quelle segnatamente di Paolo, di Scevola, di Affricano? Quanta, fra molte, non si riscontra antinomia e collisione? L' intero titolo De triticaria conditione *è sì oscuro, che non fu dal celebre Noodt spiegato, dicendo egli che non poteva*

ad altri render chiaro ciò che esso prima non intendeva. A tutto ciò pose riparo la nostra Scienza. Ammesse tutte queste verità, delle quali avransi prove più convincenti ancora a misura che ci andremo inoltrando nella Scienza stessa, come potrebbe dirsi vero giureconsulto fra noi quegli, che dotto nel gius antico, il moderno ignorasse? Chi versato nelle romane leggi, quelle non conoscesse del patrio suolo? Chi fra le diverse opinioni sull' intelligenza di più leggi non sapesse quale oggi nel foro trionfi? A voi, ornatissimi Signori, che quì trasse generosa brama d' erudirvi in una scienza la più atta, fra quante mai ne conosce il dotto secolo, a procurare la perfettibilità dell' uomo, a voi ciò basti per farvi conoscere l' importanza della medesima, e quindi a persuadervi di quanta cura, assiduità e di quanto studio d' uopo vi sia, onde corrisponder possiate al grande oggetto che vi siete proposto, di riescire un giorno il sostegno e l' ornamento più bello della Patria e del Trono.

Protesto non essere stata mia intenzione di formare un' opera di stile elevato, che d' altronde sarebbe incongruo al di lei carattere. Ho cercato unicamente la chiarezza, principale attributo d' ogni scritto, ed essenziale poi di questo, che unicamente è dedicato all' istruzione.

GIURISPRUDENZA FORENSE

E

DIRITTO PATRIO

SEZIONE I.

METODO GIUDICIARIO CIVILE.

Questa Sezione è divisa in sei parti. La prima dà idea delle diverse magistrature, cui presso noi è affidata l'amministrazione della giustizia civile, dà idea cioè del sistema organico dei Tribunali civili, del Giudizio, e delle sue varie specie. La seconda della Causa efficiente de'giudizii ordinarj, cioè delle persone senza cui non vi ha giudizio, delle altre che servono al buon andamento del medesimo, ma che non vi sono totalmente necessarie, e di quelle che vi prendono parte, ma solo per accidentalità. La terza degli atti indispensabili alla forma legale dello stesso. La quarta della materia giudiziaria, ossia delle azioni proposte dall'attore, e delle eccezioni dal reo affacciate. La quinta della Causa finale de' giudizj, cioè sentenza, ed esecuzione della medesima. La sesta infine de'giudizj straordinarj. Ciascuna parte è divisa per titoli.

La Giustizia Civile in questi Stati è amministrata dai Giudici di Pace, ossia Conciliatori, da' Giusdicenti, loro Vicegerenti, Tribunali di prima Istanza, Tribunali di Appello, e da un Supremo Consiglio di Giustizia, le cui decisioni perpetuo silenzio impongono alle liti.

TITOLO I.

DEI GIUDICI DI PACE.

Non v' ha chi non sappia, che le liti sono altrettante malattie del corpo sociale, fonte inesauribile di spese, inquietudini, vessazioni, inimicizie, da cui tante volte nascono delitti, e che perciò tendono a distruggere il primario oggetto della Società Civile, cioè la pubblica, e privata tranquillità. Sommo quindi fu il favore, che trovarono le transazioni presso ogni colta nazione, e antichissimo l' uso de' conciliativi appuntamenti. Prescriveva la legge delle dodici Tavole = *Endo via rem uti piacunt orato Tav.* 1. *de in jus vocando* =; sia cioè inviolabile quella convenzione diretta a sopire una lite che piacque alla parte di stabilire accedendo al Tribunale. L'Editto del Pretore diede tutta la fermezza, ed il favore a questo contratto. Il Gius Canonico, e la Giurisprudenza Forense applaudirono alla romana filosofia. Baldo, dottissimo Giureconsulto, disse, che dovevasi prima agire *verbis amicis, inde herbis,* cioè trattar prima l'avversario con amichevole interpellazione, e solo riescendo questa infruttuosa, ricorrere ai rimedii del gius. Quando, ornatissimi Signori, sarete giunti al sacro limitare della Giurisprudenza, sappiate che

non solo dovete essere dotti interpreti delle leggi, ma vigili coltivatori dell' arte dell' equo, e del buono, i cui precetti pur sono di procurare colle transazioni di prevenire, e sopire le liti. Così vi saranno comuni le lodi, che l' Orator di Roma compartì a Servio Sulpizio, celebre tanto per la sua sapienza, come per la cura indefessa nel comporre le parti litiganti, nel che sì felicemente riusciva.

Ad ottener questo salutar intento è stabilito fra di noi dalla Legge 28 Maggio 1819 che non si schiudano i Cancelli del Tribunale contenzioso a chiunque non abbia prima tentato quello di Pace.

Un Giudice Conciliatore risiede in Modena, e un altro in Reggio. Negli altri luoghi sono incaricati di questo uffizio di conciliazione i Giusdicenti, e Vicegerenti nei rispettivi loro Circondarj, come dalla tabella che vedrassi alla fine di questo titolo. Questi Giudici di pace, in Modena e Reggio, hanno due attribuzioni. La prima consiste nel procurare colla persuasione di metter d' accordo le parti che sono per entrare in litigio; l'altra in giudicare, o appellabilmente, o inappellabilmente, secondo i casi, le liti che sono di loro competenza, che non hanno potuto conciliare. Esaminiamole entrambe. Come Conciliatori esercitano le loro attribuzioni in tutto il circondario delle rispettive loro giurisdizioni, ad eccezione però dei territorii, che rimangono, come dalla indicata tabella, assegnati ai rispettivi Vicegerenti delle Giusdicenze di Modena, e Reggio. Essi hanno un apposito Cancelliere, che riceve, registra, ordina, dà corso agli atti rispettivi, ed assiste al Conciliatore. Chiunque intende aver azione contro altri adisce quel Conciliatore alla cui giurisdizione per ragione di domicilio è soggetto il reo da convenirsi per la regola generale = *Actor seguitur forum rei* = come ve-

dremo; egli presenta quella stessa dimanda, o quel libello che, non seguendo la conciliazione, deve servire di fondamento al giudizio; altrimenti, se fosse diverso, mancherebbe la prova della tentata conciliazione. Essendovi più rei di diverso domicilio, l'attore ha la scelta del Conciliatore nanti cui chiamarli. Così, se di due fratelli uno ha domicilio in Reggio, e l'altro in Modena, può l'attore chiamare ambi i rei o a Modena, o a Reggio a sua scelta. Quale debba essere questo libello, il vedremo all'apposito titolo. Il Giudice in calce al medesimo ordina che si citi il reo convenuto a comparire per giorno, ed ora certa, onde sperimentare coll' attore la conciliazione, sotto pena della multa di quindici lire Modonesi, che devolvono all' uffizio del Conciliatore.

Come, ed ove debba farsi la citazione al reo convenuto, e quali ne siano gli effetti, vedrassi altrove. Il termine da assegnarsi dal Conciliatore al reo convenuto per comparire deve essere proporzionato alla natura delle cause, ed alle distanze di esso dall' uffizio: regolarmente, come vedremo, nelle cause ordinarie questo termine è di sei giorni, nelle altre di tre; ma in affari urgenti può essere dal Giudice abbreviato, come può essere allungato, e regolato a suo arbitrio nel caso che il reo da convenirsi fosse assai distante dalla residenza del Conciliatore. Non è vietato a due parti di comparire volontariamente davanti ad un Conciliatore, ed ivi procedere a qualsiasi legittimo appuntamento.

Se ambedue le parti compariscono, il Conciliatore le sente in contraddittorio, e cerca di persuaderle a comporsi; deve però esser ben prudente, onde non lasciar conoscere a pro di chi dei due egli la senta in quelle cause che, non seguendo accomodo, devono essere dal medesimo giudicate, altrimenti

potrebbe essere ricusato qual Giudice, che diede innanzi tempo il suo voto, o lasciò conoscere la propria opinione. D' altronde quella parte che apprendesse essere a se il Giudice favorevole difficilmente accederebbe ad un progetto di composizione. L' esperienza ha fatto conoscere, che lasciando largo campo alle parti di esporre le loro ragioni, ed anche i motivi della loro alienazione di animo, più facilmente in fine si calmano, si avvicinano, si persuadono, e si accomodano fra esse. Il provido Conciliatore proponga più progetti, e più facilmente riescirà nel suo intento. L' appuntamento si stende in carta bollata, come tutte le altre convenzioni, ed è dell'abilità, e del buon criterio del Conciliatore il far sì, che ciò segua in modo chiaro; onde nel mentre si sopisce una lite non abbiansi a gittare semi di altre. Tale accomodo deve firmarsi dalle Parti, dal Conciliatore, e dall' Attuario; dietro ciò l'Attuario stesso lo deve pubblicare colle forme, che a suo tempo vedremo prescritte per le sentenze definitive. Non sapendo le parti, o non potendo scrivere, deve farsene menzione. Steso l'atto, tante volte occorre o aggiugnere una dichiarazione, o levare qualche espressione inutile, o ambigua, o qualche cosa cancellare, o interlineare. In ciascuno di questi casi tutto deve essere con apposita dichiarazione e firma approvato dalle parti. Ogni appuntamento deve registrarsi nello squarzo del Cancelliere, e portare appiedi, come ne'rogiti, la rispettiva tassa, e ciò all' oggetto che ognuno possa osservare a colpo d'occhio se dessa sia consonante alle vigenti leggi.

L' accorto Conciliatore, quando ritenga che in altre comparse delle parti possa meglio riescire l' accomodo, può protraerne ad altro giorno l' esperimento; locchè può fare anche nel caso costasse al medesimo, che una delle parti non si

fosse presentata per qualche legittimo impedimento. Questa nuova comparsa per altro non può ordinarci oltre il termine di giorni sei, nè si potrebbe ordinarne una terza, oppure riporre la seconda a termine più lungo di sei giorni, quando in ciò non fossero d' accordo ambe le parti.

Può una delle parti nanti il Conciliatore deferire all' altra il giuramento, e questa può riferirlo al proponente, e può anche non accettarlo. Se il giuramento ha luogo, si presta formalmente, e se ne stende un processo verbale, come di un appuntamento. Venendo poi dal reo convenuto rifiutato tale giuramento, o se è riferito, ricusandosi il proponente di giurare, oppure non riescendo conciliazione, il Conciliatore di tutto fa stendere l' opportuno certificato. Molte volte accade che il reo ingenuamente confessa e puramente il proprio debito, ed allora il Conciliatore può accordargli un termine ad adempiere alla confessata obbligazione. Questo termine però deve essere proporzionato all' entità delle somme, alla qualità di persone, e al titolo del debito, o dell'obbligazione. Un Povero debitore per fenerazione verso un ricco, merita quella compassione, e facilità, che non si accorderebbe a chi fosse citato per la restituzione di un deposito; tale dilazione non può mai eccedere giorni trenta, a meno che non concorra l' annuenza del creditore; anche ciò forma un atto di conciliazione da stendersi come sopra si vide. Che se infruttuose riescono le premure, e l' interposizione del Conciliatore, fattone annotamento nello squarzo, stende egli il certificato di non seguito accomodo appiedi del libello, che si restituisce all' attore, perchè se ne valga in contenzioso giudizio, tenutane però copia nell' uffizio di conciliazione. Può anche lo stesso attore, all'atto di presentare il libello, esibirne tale copia, con avvertenza che il libello

deve sempre esser in carta bollata, e la copia può esser anche in carta semplice, come lo possono essere tutte le citazioni a comparire per conciliazione.

Come nessuno può contrattare, ed obbligarsi per altri, così le parti devono personalmente comparire davanti il Conciliatore, oppure farsi rappresentare da un terzo, purchè sia abilitato a transigere, o con mandato solenne, o con iscritto privato recognito a rogito di notaro, o con dichiarazione del mandante fatta nanti il Conciliatore, da ridursi in iscritto e pubblicarsi come gli altri atti conciliativi. Questo mandato, qualunque sia, deve rilasciarsi in atti, ed essere annotato nello squarzo.

L'appuntamento, come sopra stipulato, si manda ad esecuzione nel modo stesso che è prescritto per le regiudicate. Solamente si assegnano al debitore tre giorni ad aver eseguita la sua obbligazione, prima di rilasciare contro il medesimo l'ordine del gravame, ed il mandato esecutivo; lo stesso si dica del prestato giuramento, del termine preso ed assegnato al reo dietro la pura sua confessione del debito, e dell'obbligazione; mentre tali atti equivalgono ad un appuntamento conciliativo. Ogni qualvolta in uno di questi abbia luogo o traslazione di dominio, o costituzione d'ipoteca, deve l'atto denunziarsi all'Archivio notarile del circondario ove segue, ed è soggetto alla tassa di Archivio, e rispettivamente a quelle di registro, e d'ipoteca.

Gli appuntamenti seguiti nanti il Conciliatore di Reggio si eseguiscono da quel Giusdicente, e così dal Giusdicente di Modena quelli, che sono avvenuti nella sua giurisdizione; a meno che seguiti non fossero in quelle cause, che sono di competenza dei Conciliatori, spettandone in tal caso ai medesimi l' esecuzione.

Se niuna parte comparisce cade l'atto, come se non avesse avuto luogo. Se viene il solo attore, ed accusa la contumacia del reo, incorre questi nella multa di lire quindici, e si stende l'atto di non seguita conciliazione: Può l'attore ancora chiedere, che sia portata ad altro giorno la comparsa delle parti, e in questo caso non ha luogo la multa. Finalmente se si presenta il solo reo, può accusare la contumacia dell'attore, il quale viene così assoggettato alla multa, e riporta il certificato di non seguita conciliazione. Non accusandosi poi tale contumacia, viene meno l'atto da sè, quando ad istanza del reo non venisse stabilita una nuova comparsa delle parti.

La parte contumace a comparire in conciliazione non è ammessa in giudizio contenzioso, se non giustifica il pagamento della multa fatto presso la Cancelleria del Giudice di Pace; che se intendesse aver de' titoli per giustificare la propria mancanza, deve non ostante depositar la multa, che viene poi restituita quando abbia provato presso il Giudice, o Tribunale competente il legittimo suo impedimento. Questo impedimento si conosce e verifica in via stragiudiziale, senza che possa ammettersi ricorso alcuno ulteriore.

Ragione e prudenza vogliono, benchè la legge nol dica, che le udienze del Conciliatore sieno private: per comporre persone sovente alienate d'animo l'une dall'altre, devono essere ascoltate, interrogate senza testimonii. Possono però le parti essere assistite da'Causidici, giacchè il far valere le ragioni altrui è un uffizio liberale, che può essere confidato a chiunque non è soggetto ad eccezioni.

Vi hanno delle cause esenti dall'esperimento di conciliazione. Ciò avviene pei tre seguenti motivi. 1.° Per l'inabilità d'una delle parti a transigere. 2.° Per la natura della lite, che non ammetta

transazione. 3.º Pel pericolo, o per l'inutilità di questo esperimento.

Pel primo sono esenti da conciliazione le cause riguardanti la Regia-Ducal Camera, le Comunità dello Stato, e tutti gli stabilimenti e le amministrazioni soggette all'autorità tutoria del Governo come sono le Congregazioni di Carità, i Benefizj Ecclesiastici ecc.; mentre per questi non può addivenirsi a contratto alcuno, e meno poi a quello di transazione, senza previa autorizzazione della prefata autorità.

Le cause dei pupilli, degl'interdetti, dei prodighi, furiosi, minori, delle donne e dei figli di famiglia; giacchè questi non possono contrattare, come vedrassi ai relativi titoli, se non col concorso delle solennità dalle leggi stabilite, perlocchè sarebbe assurdo, che si permettessero in giudizio, senza tali solennità, quelle obbligazioni che loro sono interdette fuori di giudizio: tanto ciò è vero, che trattandosi di cause riguardanti oggetti in cui possono agire da sè fuori di giudizio, le donne, o i minori debbono in queste premettere il conciliativo esperimento. Rapporto ai minori, che hanno compito l'anno sedicesimo, possono obbligarsi da sè, qualora esercitano pubblicamente qualche traffico, arte, o mercatura, entro la loro rispettiva sfera; il minorenne, che ha passato l'anno decimottavo può obbligarsi per cause di necessario vitto, vestito, pigioni di casa, risarcimento indispensabile o manutenzione di fabbriche, previa solo sommaria, e stragiudiziale cognizione di causa del Giudice ordinario; le donne validamente contraggono senza solennità pei medesimi oggetti; cioè per vitto, vestito, abitazione, risarcimento di fabbriche, e mercatura, e così pure per affitti non eccedenti il quinquennio, come spiegasi diffusamente agli appositi titoli, onde in queste cause

e le donne ed i minori devono essere chiamati a conciliazione.

Quelle da intentarsi contro il Curatore d' una eredità giacente, o l'Amministratore di un assente, o il Curatore di uno stato oberato, che non hanno facoltà di transigere per quelli che rappresentano.

Pel secondo non s' intenta conciliazione nelle cause esecutive, nelle esecuzioni di sentenze, o di giudiziali transazioni; infatti non godono il favore della via privilegiata ed esecutiva, che quelle cause in cui il diritto dell' attore chiaramente risulta da un pubblico documento, o da regiudicata, o scritto recognito che non ammette dubbio, e le transazioni su cose non dubbie sono nulle, come lo sono se cadono sopra regiudicata. Milita la stessa ragione sulla ricognizione di carattere, la quale non presenta soggetto a transigere, trattandosi solo di vedere, se il carattere di cui si tratta sia o no della supposta mano.

Pel terzo sono esenti da conciliazione le cause di sequestro reale, o personale e d'altri atti assicurativi; si tentano questi rimedj straordinarj, ed odiosi quando solo vi sia fondato timore, che possa essere sottratta alla giurisdizione del Giudice, o la persona, che si vuol convenire, o la cosa su cui unicamente potrebbe cadere l' esecuzione del giudicato, il quale in tal caso riuscirebbe illusorio. Ora molta vi avrebbe probabilità, che ciò potesse succedere ove il reo prima del sequestro fosse chiamato al giudizio di pace. Sequestrata poi la persona, o la cosa, la giustizia vuole che il più presto possibile sia giudicata la controversia, senza il ritardo della conciliazione, all'oggetto che il reo abbia a restare il minor tempo possibile, o senza il possesso delle cose proprie, o senza la libertà personale di cui straordinariamente è privato, anzichè costi del suo titolo.

D' altronde la smania di recuperare la propria cosa, e molto più la libertà, renderebbe meno spontanea per parte del reo la transazione; dopo per altro i termini probatorj senza ritardar la sentenza, può il Giudice anche *ex se* proporre alle parti un piano di transazione quando il credesse bene.

È inutile l'esperimento conciliativo nelle cause incidentali. Infatti o la causa principale non fu soggetta alla medesima, e non deve esserlo neppure l' incidente accessorio, o lo fu, e tentata non ebbe luogo, ed è ben presumibile, che se le parti non si composero nell'articolo principale, meno si metteranno d' accordo nell' incidentale; di più è prescritto dalla legge suddetta 29 Maggio, che questi incidenti si trattino sommarissimamente, onde abbiano le cause il più celere possibile scioglimento, e d'altronde quando la legge prescrive l'esperimento di conciliazione nelle cause, intende di quelle, che sono introduttive di un giudizio. Egualmente poco sperabile è, che segua un accomodo quando i rei convenuti sono quattro, o più. Si sa, che *tot capita, tot sententiae*, onde se è difficile il comporsi fra attore, e reo, tanto più lo sarebbe con quattro rei; ciò produrrebbe soltanto confusione nel foro, perdita di tempo, e spesa. Così avviene se un terzo vuol prendere parte in qualche causa già fra due pendente, tanto per coadjuvare o l'attore, o il reo, che per escludere l'intenzione d'entrambi; infatti sarebbe ingiusto, che un terzo senza plausibile motivo, potesse venire a ritardare un giudizio già in corso contro la massima del gius comune, canonizzata ancora dal Patrio Codice lib. 1. tit. 4. §. 9. prescrivente, che si ammetta bensì un terzo in causa, il quale una delle parti collitiganti assistere intenda, ma però nello stato in cui si trova la causa, e che al contrario debba questa, rapporto al terzo riassumersi da capo, se viene per esclu-

dere l' intenzione d' uno di essi. Infine nella chiamata a difesa del terzo rilevatore, o garante, non ha luogo la conciliazione se non è chiesta al primo comparire delle parti, nel qual caso si può prorogare per giorni sei, o più ancora, concorrendovi l'assenso della parte: infatti dannoso sarebbe all' attore che niun rapporto ha col garante, il sospendere senza ragione il proseguimento del suo giudizio. Volendo il reo riconvenir l' attore, deve farlo all' atto della prima comparsa ordinata dal Giudice ad istanza dell' attore, col presentare in iscritto il suo libello riconvenzionale di cui tiensi in bianco copia nell'uffizio; ed allora tenta la conciliazione sopra tutte due le dimande di convenzione, e riconvenzione: diversamente dovrà il reo tentare separatamente il conciliativo esperimento colle regole già esaminate.

Avuto discorso della prima attribuzione de' Giudici di Pace di Modena, e Reggio considerati come semplici Conciliatori, passiamo ad osservarli come Giudici contenziosi in certe cause, ove hanno inutilmente prestata la loro interposizione per comporre le ostinate parti litiganti. Queste cause di loro competenza sono le seguenti.

Tutte le cause la di cui entità non eccede lire centocinquanta di Modena, e che vengono sotto il nome di Cause Minori. Cod. Patrio lib. 1. tit. 7. §. 4. Legge 29 Maggio 1819.

Le cause riguardanti controversie nate nelle fiere, e nei mercati.

Quelle di redibitoria per vendita di Cavalli, o Bovini.

Le nunciazioni di lavoro in confine.

Tutte queste, secondo il Patrio Codice lib. 1. tit. 14. §. 1., e tit. 16., e 17., devono trattarsi in forma affatto stragiudiziale, come le minori, qualunque sia il valore del loro ammontare.

In queste cause l' attore presenta al Giudice la sua dimanda senza alcuna formalità, e questi fa chiamare talora, anche verbalmente, il reo convenuto per giorno ed ora certi ad arbitrio; ritenuto che le citazioni, e l' intimazioni in queste cause si fanno in carta non bollata. Se ambedue compariscono, ne sente sommariamente le ragioni, tenta conciliarli, e non riuscendo, sente verbalmente i testimonj *hinc inde* indotti in via sommaria e senza figura e strepito di giudizio, non osservando cioè alcuna solennità, avuto solo riguardo alla verità dei fatti; e procede immediatamente alla sentenza, tenendo solo processo verbale contenente in ristretto la petizione dell' attore, e citazione del reo, le rispettive loro deduzioni e prove, non che la sentenza, e ciò pel caso che questa volesse assoggettarsi all' appello dal soccombente.

Se l' importare della causa non eccede lire sessanta di Modena, il Conciliatore giudica inappellabilmente; se eccede, è riservato l' appello al Tribunale, come vedremo, nel termine di giorni due, da quello in cui è stata intimata la sentenza.

Se il reo è contumace, il Giudice procede come vedremo qualora si tratterà dei giudizj contumaciali. È salvo però al reo di purgare la propria contumacia, rifondendo all' attore tutte le spese occorse, ed allora può essere ascoltato, come se fosse da prima comparso.

Se è poi l' attore che non comparisce, il Giudice a norma dell' istanza che farà il reo comparso, o decreterà come non proposta la domanda dell' attore a qualsiasi effetto di ragione, o fisserà nuovo giorno per la comparsa delle parti, ovvero procederà oltre nel suo giudizio, a termini di legge. In queste cause di competenza de' Giudici conciliatori non ha luogo la multa contro il contumace.

TITOLO II.

DEI GIUSDICENTI, E VICEGERENTI.

Tutti i Giusdicenti dello Stato, tranne quelli di Modena e Reggio, che non sono incaricati dell' Uffizio di conciliazione, affidato come si disse a due appositi Conciliatori, e tutti i Vicegerenti sono a considerarsi nella triplice qualità di Pacieri, di Giudici aventi giurisdizione contenziosa, e di Giudici forniti di giurisdizione volontaria ad autorizzare i contratti delle donne, dei minori, e di simili persone.

Rapporto alla prima, sono incaricati, come si disse, della conciliazione nel proprio circondario colle seguenti norme. I Vicegerenti interpongono il loro uffizio per conciliare tutte le cause da promuoversi contro persone domiciliate nel circondario della Comune, in cui è stabilita la loro residenza, ed anche in tutte quelle, che sono di competenza del Giusdicente, o Tribunale Superiore, quando dipendono da società, o successioni ivi stabilite, e rispettivamente aperte, ogni qualvolta il reo ivi sia domiciliato, oppure sia il luogo della società stabilita, o delle successioni aperte, tanto legittime, che testamentarie, il quale determini la competenza del foro.

I Giusdicenti sono conciliatori in tutte le cause, benchè siano di competenza del rispettivo Tribunale di Giustizia, da promuoversi contro persone domiciliate entro la loro giurisdizione; esclusa quella parte, che è assegnata, come dall'indicata Tabella, al Vicegerente; così fra due di Novi è competente a tentar la conciliazione il Vicegerente di Novi, e fra due di Carpi in causa ancora di competenza del Tribunale di Giustizia, è Conciliatore il Giudice di Carpi.

I Vicegerenti hanno un Vice-cancelliere, della cui opera tanto negli atti di conciliazione, che nei contenziosi si servono.

I Giusdicenti hanno un Cancelliere, ed un Coadjutore; di questi si valgono nelle conciliazioni in cause di competenza del Tribunale. Hanno diversi Attuarj, e nelle cause di loro competenza, sono assistiti, fra questi, da quello presso cui è stata introdotta la causa della quale si tratta.

Nelle cause, che non sono di competenza dei Vicegerenti e Giusdicenti; nelle quali perciò tutto il loro ufficio si restringe a procurare una transazione, devono comportarsi, come si è osservato intorno i Giudici Conciliatori di Modena, e Reggio.

Vario poscia è il contegno de' Vicegerenti, e Giusdicenti nelle cause in cui sono rispettivamente competenti, al variare della natura delle medesime. Da due fonti emana la competenza dei Vicegerenti, dalla legge 4 Luglio 1815 che porta anche la loro istituzione, e dalla legge 18 Settembre 1816, che ne aumentò le attribuzioni. È necessario tener distinte quelle che loro sono date dalla prima, da quelle che hanno per la seconda legge, mentre vi passa gran differenza; imperciocchè quanto alle prime le parti litiganti non possono declinare dal foro del Vicegerente, quanto alle altre portate dalla Legge 18 Settembre 1816: è libero all'attore l'adire piuttosto il Vicegerente che il rispettivo Giusdicente. La prima legge rende competenti i Vicegerenti in tutte le cause minori, ed in quelle che concernono liti nate in fiere, o mercati del loro circondario, e nell'esecuzione delle loro sentenze proferite in tali cause, purchè cada su mobili o crediti del debitore condannato, non mai sopra stabili. Possono poi i Giusdicenti valersi dell'opera loro, a delegarli alla istruzione di tutte le altre cause, come pure all'esecuzione delle loro senten-

za, purchè sempre cada sni mobili, o crediti. Una delegazione generale non valerebbe, ma deve essere speciale per ogni causa, e ristretta agli atti di semplice istruzione fino alla sentenza esclusivamente. Hanno egualmente da queste leggi i Vicegerenti delle attribuzioni nella giustizia criminale.

L'altra legge 18 Settembre 1816, amplia le attribuzioni de' Vicegerenti rendendoli competenti:

Nelle canse di redibitoria per vendita degli animali, siano bovi, o cavalli pei difetti portati dal Codice Estense, come vedremo, e ciò senza aver riguardo all' entità della cansa, ma sempre colla snddetta avvertenza: per esempio uno di Formigine compra nn cavallo per L. 150, e lo trova affetto da cimorro, volendo convenire il venditore pure di Formigine, non può declinare dal foro del Vicegerente; se al contrario la compra e vendita fosse di dne Bovi per 60 zecchini, e si trovassero cornupeti, il compratore potrebbe a sua scelta per la decisione della causa adire, o il Vicegerente di Formigine nel cui territorio seguì il contratto, oppure il Giusdicente di Modena, tentata però prima la conciliazione a Formigine:

Nelle divisioni dei mezzadri, o coloni parziarj ed altri rustici lavoratori, le di cui norme vengono date dal Codice Estense al Tit. 30. lib. 2.

Nelle Cause concernenti il pagamento di salarii a' domestici, e di mercedi a' giornalieri, ed operaj:

Nelle liti fra viandanti ed osti, od albergatori; queste canse meritano un sollecito disbrigo, e sarebbe cosa incomoda alle parti, che sono nel distretto della Vicegerenza, il recarsi al Capo-luogo della Giusdicenza per farla decidere, in caso di tentato ma non riescito accomodo nanti il Vicegerente; essendo esse ordinariamente di lieve entità, possono adire il Giusdicente del luogo.

In tutte le cause d' un valore non eccedente lire seicento di Modena.

Nella concessione ed esecuzione del sequestro reale, ogni qualvolta ne concorrano gli estremi dalla legge voluti: data però la relazione in atti dell' eseguito sequestro, cessa la giurisdizione del Vicegerente, e subentra quella del Giusdicente e per la liquidazione del sequestro, e per l' esecuzione della sentenza: e ciò s' intende nel caso, che la somma per cui è accordato il sequestro, ecceda le competenze del Vicegerente, mentre al contrario sarebbe esso competente per tutto quanto riguarda tale sequestro. La legge parla solo di sequestro reale; ma niente per altro sembra ostare, che non potesse la Vicegerenza accordare ancora il sequestro personale, il quale sarebbe poi sempre di cognizione della Giusdicenza, quando eccedesse le attribuzioni di quella.

Nelle intimazioni di comeato agl'inquilini, affittuarj, ed ai coloni; si avverta però che, date simili intimazioni, la causa passa al Giusdicente, il quale conosce della validità, od invalidità di tali comeati, ben inteso, se l' entità dell' affitto sia tale, che superi la competenza del Vicegerente.

Viste le competenze dei Vicegerenti, è d' uopo osservare la natura delle cause per sapere come debbano essi contenersi; se sono minori, o di quelle, che come sopra, devono trattarsi a guisa delle minori, agiscono come i Conciliatori: se poi la natura delle cause è sommaria, od ordinaria, il Giudice, o Vicegerente ordina la comparsa delle parti per giorno, ed ora certi, e comparendo procura accomodarle; se non riesce, assegna al reo convenuto un termine a rispondere alla dimanda dell' attore. Questo termine deve essere quale la legge lo assegna giusta la diversa natura delle cause, cioè di sei giorni nella ordinaria, di tre nella sommaria: non comparendo il reo ha luogo il giudizio contumaciale, di cui parleremo a suo luogo;

se è l' attore che manca, ha luogo la disposizione che sopra si è enunciata: neppure davanti i Vicegerenti in queste cause hanno luogo multe pei contumaci.

Fino alla monizione a sentenza possono anche procedere e costruire il processo nelle altre cause di competenza del Giusdicente fra persone domiciliate nella loro Vicegerenza, ogni qualvolta questi li deleghi espressamente, ed individualmente. Così pure possono essere delegati dal Giudice stesso ad eseguire la di lui sentenza, purchè tale esecuzione cada unicamente sopra mobili, o sopra crediti del debitore.

La copia dei processi di prima istanza deve farsi in carta bollata.

I Giusdicenti, riguardati come tali, e non più come Conciliatori, sono competenti, oltre alle attribuzioni criminali, di cui non è qui luogo tener parola, nelle seguenti cause:

In tutte quelle, in cui, come si vide, sono competenti i Conciliatori di Modena, e Reggio, ed i Vicegerenti, fuori però del territorio a questi assegnato: per esempio: il Giusdicente di Modena lo è anche in Formigine, e Bomporto; ma nelle cause di competenza di un Vicegerente, che devono trattarsi in Formigine, e Bomporto, giudica il Vicegerente o di Formigine, o di Bomporto, non già il Giudice di Modena.

In tutte le cause sommarie per ragione della materia, cioè dove si tratta di salarj, o mercedi, o noleggi, pensioni, affitti, canoni, compra e vendita, doti, depositi, mobili, semoventi, generi, e merci, di affari colonici, di alimenti futuri, od anche preteriti, purchè questi ultimi non oltrepassino l' importo di Modonesi L. 500, in quelle, che riguardano commercio, mercatura, possesso semplice e nelle sommarie per ragione delle persone, cioè

nelle cause delle vedove, dei pupilli, dei poveri, o di che dovette pagare per altri; nelle cause di sequestro reale, e personale; in quelle di valore indeterminato, e non determinabile, per esempio sopra la nomina di un benefizio, gius patronato: in tutte le cause di loro natura esecutive; nelle esecuzioni de' Lodi arbitramentali, già passati in giudicato; in tutte le cause ordinarie, il cui valore non supera le lire sei mila. Decreto Reale 28 Aprile 1814, e 28 Maggio 1819.

Hanno pure il diritto di far eseguire le loro sentenze, quando queste siano o per legge inappellabili, o abbiano fatto transito in cosa giudicata, benchè, portate all' appello o alla revisione, abbiano sofferto qualche cambiamento, e ciò se debbano, o possano eseguirsi sopra mobili, semoventi, o crediti del debitore, mentre, se tale esecuzione dovesse aver luogo sopra fondi, accordata che ne abbia il Giusdicente la tenuta, ed assegnato al reo convenuto il termine alla ricupera e precettati i coloni a rispondere della rendita dei fondi tenutati al creditore, cessa la sua giurisdizione, e subentra quella del Tribunale; così niuna ingerenza hanno i Giusdicenti nella cessione dei beni, nei fallimenti, nella purgazione dei fondi dalle ipoteche e nelle dichiarazioni di morte degli assenti, riservato il tutto ai Tribunali. Vi ha per altro una eccezione nei Giusdicenti della Garfagnana, e Lunigiana di cui sono assai più estese le attribuzioni, come vedremo al titolo seguente.

Osservate le qualità di Pacieri, e di Giudici aventi giurisdizione contenziosa, passiamo a considerare i Giusdicenti, e Vicegerenti come forniti di volontaria giurisdizione.

In forza di questa terza loro qualità i Giusdicenti deputano i tutori ai pupilli, ove a termini di ragione ciò abbia luogo; invigilano sulla loro

condotta, e segnatamente perchè iscrivino alle ipoteche i diritti dei loro tutelati; autorizzano i contratti, e le obbligazioni dei pupilli stessi, dei furiosi, mentecatti, prodighi, degli interdetti, ed assenti che non abbiano procuratore, o mandatario in tutta la loro giurisdizione, non esclusa quella parte di territorio, che è assegnata al Vicegerente. Questi poi, ed il Giusdicente, ciascuno entro il proprio circondario, deputano curatori ai minori che lo addimandono, ed autorizzano le obbligazioni delle donne, dei minori, dei figli di famiglia, e di simili altre persone, in quei casi, e modi che saranno spiegati al tomo secondo; interpongono il decreto d'autorizzazione nelle transazioni sugli alimenti futuri, procedenti da atto di ultima volontà nelle cause di rispettiva loro competenza, e riferiscono al Supremo Consiglio su tutti quegli oggetti di cui sono dal medesimo incaricati, come sulle dimande di deroghe dotali, d'interdizioni, di liberazione da tutele, e cure, e simili.

Si avverta però, che nelle città di Modena, e Reggio l'autorizzazione dei contratti, pei rispettivi Giusdicenti, si restringe a quelli dei pupilli, mentecatti, prodighi, e degli interdetti, e simili, giacchè in queste esistono due Giudici ordinarj di autorità, per interporre il loro decreto nelle obbligazioni di tutte le altre sopraindicate persone. Quantunque poi tanto il Giusdicente, che il Vicegerente abbiano diritto di esser Giudici di autorità nelle rispettive giurisdizioni pei contratti delle donne, dei minori, e simili, pure è libero a queste persone il dirigersi pel contratto da stipulare, piuttosto al Giusdicente, o Giudice d'autorità ove esista, che al Vicegerente; per esempio se una donna di Formigine vuole creare un debito, può farsi assistere, o dal Giudice ordinario di autorità di Modena, o dal Vicegerente di Formigine; se

un minore di Novi intende vendere un fondo, può dirigersi tanto al Giudice di Carpi, quanto al suo Vicegerente in Novi Art. 8., 10. Notificazione 18 Settembre 1826.

In Criminale i Vicegerenti sono Giudici ordinarj nei delitti minimi, e negli altri, intrapreso il processo, continuano ad istruirlo sotto la direzione del Giusdicente. I Giusdicenti hanno competenza per giudicare nei delitti la cui pena pecuniaria non ecceda 50 scudi, e l' afflittiva non giunga alla galera, ed istruiscono i processi negli altri delitti sotto la direzione del Tribunale, e stendono la loro votiva relazione sulla pena da darsi ai processati rei. I due Giusdicenti di Modena, e Reggio non hanno giurisdizione criminale, essendovi in queste Città due appositi Giudici Criminali, di cui non è del nostro istituto il ragionare; Decreto 4 Luglio 1815 e 25 Maggio 1816.

TITOLO III.

DEI TRIBUNALI DI GIUSTIZIA.

Si vide che le competenze dei Giusdicenti nelle cause ordinarie è limitata a quelle, il cui ammontare non supera modonesi L. 6000 e là dove cessa la giurisdizione dei Giusdicenti quella subentra dei Tribunali di Giustizia. Uno di questi risiede in Modena, l'altro in Reggio. Entrambi sono composti di un Presidente, quattro Giudici, due soprannumerarj; presso ciascuno risiede un Procuratore Fiscale; si valgono dell' opere di due Cancellieri, ed altri subalterni.

Sono di competenza di questi Tribunali nei rispettivi circondarj:

1. Tutte le cause di concorso di creditori;

2. Il Giudizio di cessione dei beni, che si ottenga da qualche debitore, mediante grazia Sovrana;
3. I giudizj che riguardano purgazione di fondi dalle ipoteche;
4. Quelli in cui si tratta di far cancellare, o ridurre iscrizioni ipotecarie;
5. I giudizj tendenti a far dichiarare la morte di qualche persona assente, di cui più non si abbia notizia;
6. L'espropriazione dei fondi a favore di uno, o più creditori, cominciando esclusivamente dal precetto ai coloni del fondo di corrisponderne le rendite all' oppignorante, od ai tenutarj fino alla compita vendita del medesimo, ed alla soddisfazione dei creditori aventi utile capienza sul prezzo ricavato;
7. Tutte le cause Criminali che superano la competenza dei Giusdicenti.

I Giusdicenti però di Garfagnana, Lunigiana, e Castiglione hanno una giurisdizione estesa quanto quella dei Tribunali di Modena, e Reggio. La distanza di tali provincie dal luogo di residenza degli indicati due Tribunali ha meritato questo Sovrano favore nel Decreto 16 Gennajo 1816, e 13 Ottobre 1817 perciò tutte le cause che sono di competenza come sopra de' Tribunali, lo sono dei Giusdicenti di Garfagnana, Lunigiana, e Castiglione.

Ogni anno ciascuno dei Tribunali suddetti nomina dal proprio seno un Giudice destinato alla ordinatoria dei processi civili. Questi decide ancora tutti gli incidenti che nascono nelle cause rispettive, e dagli interlocutorj di esso si ricorre all' intera sezione del Tribunale alla prossima udienza. Esso non ha voto nelle sentenze del Tribunale, le quali vengono proferite da tre Giudici, compreso il presidente, e le veci di questi impedito

si sostengono dal Giudice più anziano: Decreto 20 Ottobre 1817.

Il Procuratore Fiscale in tutte quelle cause, in cui hanno interesse l'Ordine pubblico, la Regia Ducal Camera, la Comunità, i Corpi, e gli Stabilimenti pubblici, deve prender cognizione del processo, e quindi, onde meglio riesca conosciuto e sviluppato l'articolo di gius, esternare il proprio voto, il quale però non vincola il giudizio del Tribunale. Nelle cause criminali ha diritto di appellare contro le Sentenze del Tribunale stesso, qualora le ritenga in opposizione all'interesse del Fisco.

TITOLO IV.

DEI TRIBUNALI DI APPELLO.

Il Tribunale di Giustizia in Modena sedente è fornito di giurisdizione per conoscere, e decidere in grado di Appello le seguenti cause civili giudicate in prima istanza:

1. Dal Conciliatore di Modena;

2. Le Civili e Criminali decise, come sopra, dai Vicegerenti, e Giusdicenti di questa Provincia, e della Garfagnana;

3. Gli incidenti definiti dal Giudice destinato all'istruttoria dei processi civili;

4. Tutte le cause parimenti Civili, e Criminali, in cui pronunciò il Tribunale di prima istanza sedente in Reggio;

Viceversa questo Tribunale di prima istanza in Reggio è Tribunale di appello:

1. Nelle cause Civili in cui pronunciò il Conciliatore di Reggio;

2. Nelle cause Civili e Criminali decretate dai Vicegerenti, e Giusdicenti della Provincia Reggiana e della Lunigiana;

3. Negli articoli incidentali decisi dal Giudice istruttor de' processi;

4. In tutte le Civili e Criminali, in cui diede sentenza il Tribunale di Giustizia di Modena in prima istanza.

Questi Tribunali in sede di appello giudicano mediante tre Giudici, compreso il Presidente o chi ne fa le veci, se si tratta di cause in prima istanza procedenti da Conciliatore, Vicegerente, Giusdicente, o Giudice istruttore, e con cinque se si tratta di sentenze pronunciate da Tribunale collegiato, o anche dai Giusdicenti di Garfagnana, o Lunigiana, quando però la natura di tali cause superi la competenza ordinaria dei Giusdicenti dello Stato, e siano per conseguenza state proferite come da Tribunale di Giustizia; per esempio, il Giudice di Camporgiano decise una causa ordinaria dell' ammontare di lire cinque o sei mila: se si porta tal causa all' appello nanti il Tribunale di Modena, vi giudicano tre Giudici, se all' incontro oltrepassasse la somma di lire sei mila modonesi, verrebbe giudicata da cinque. Anche in questa sede di giudizio i Procuratori Fiscali emmettono il loro voto, quando si tratta di cause interessanti l'Ordine pubblico, la Camera Reale, le Comunità, i Corpi e gli Stabilimenti pubblici, come si disse al titolo precedente.

TITOLO V.

DEL SUPREMO CONSIGLIO DI GIUSTIZIA.

L'ultimo stadio che ordinariamente può percorrere un giudizio è la Revisione. Questa è af-

fidata ad un Magistrato, che, tranne il Sovrano, non conosce superiori. Ha perciò il titolo di Supremo Consiglio di Giustizia, ed estende la sua giurisdizione sopra tutti i Dominj Estensi, ed impone perpetuo fine alle liti che decide. Viene formato da un Presidente, da quattro Consiglieri, da due Soprannumerarj, e da un Avvocato generale.

Il Presidente ha la direzione del Consiglio; in caso di parità di voti, il voto suo è preponderante nella decisione delle cause; invigila per la loro più pronta spedizione; firma per il primo gli ordini, le lettere, le relazioni, i consulti, e gode di altre preminenze, che altrove saranno esposte. È poi uffizio dell'Avvocato generale di emmettere il suo voto in tutte le cause interessanti l'Ordine pubblico, la Camera Reale, le Comunità, i Corpi, e gli Stabilimenti publici, e le Persone specialmente dalla legge tutelate, di sostenere le ragioni del Fisco, e procurare lo scoprimento, e la punizione dei delitti: il Consiglio ha due Cancellieri, e molti altri Ufficiali.

I Soggetti e per dottrina e per religione rinomatissimi di cui fu in ogni tempo, ed è tutt'ora composta tale magistratura, hanno presso questa Popolazione, in faccia agli stranieri ancora, accresciuto quel lustro, che seco porta per Sovrana munificenza dalla di lei istituzione.

Giudica in ultimo grado di revisione le cause civili seguenti.

1. Le decise in prima istanza dai Giudici Conciliatori, Vicegerenti, e Giusdicenti, ed in grado di appello da uno dei due Tribunali di Modena, o Reggio, quand'anche conformi siano ambi i giudizj: Cod. Pat. lib. 1. tit. 1. Leggi 28 Agosto 1814, 18 Gennajo 1816, 13 Ottobre 1817;

2. Le giudicate in prima e seconda istanza dai detti due Tribunali, purchè le due sentenze siano

in tutto, o in parte difformi, mentre in quelle parti in cui fossero conformi, non si porterebbero dette cause alla revisione in via ordinaria, e senza grazia speciale del Sovrano; infatti una sentenza d'un Collegiale Magistrato confermata pienamente dall' altro pure Collegiale, deve godere di rettitudine, e giustizia la presunzione;

3. I decreti interlocutorj dei Giudici relatori presso i Tribunali, confermati o revocati dal rispettivo Tribunale di Modena, e Reggio.

Giudica poi in seconda ed ultima istanza,

1. Le cause de' pupilli, delle vedove, e dei poveri, Leg. 28 Agosto 1814.

2. Quelle di denuncie di nuove opere fatte in confine, le quali dalla prima istanza passano al Supremo Consiglio, non ritardata però la loro esecuzione, Cod. Pat. lib. 1. tit. 17. §. 18.

3. Tutte le Cause decise per Compromesso dagli arbitri, Cod. Pat. loc. cit. tit. 13. §. 6., e Leg. 28 Maggio 1819 §. 53.

4. Gl' incidenti che possono nascere nelle Cause davanti di esso pendenti, in cui abbia proferito interlocutorio decreto il Consigliere di bimestre, che specialmente incombe ai decreti di ordinatoria.

Inoltre ha facoltà di concedere, o negare in prima, ed ultima istanza la restituzione in intero contro il lasso dei termini ad appellare, a chieder revisione, a proseguire i relativi giudizj nella forma che si vedrà più avanti, Cod. Pat. lib. 1. tit. 1. §. 17.

Conosce pure inappellabilmente tutte le cause, che al medesimo vengono dal Sovrano delegate in unica istanza, tanto in via ordinaria, che in via economica, come le cause di ricusazione dei Giudici allegati sospetti, Cod. Pat. loc. cit. §. 1. tit. 25.

Nelle cause Criminali rivede tutte le sentenze de' Giudici e Tribunali, in cui le leggi ammettono questo benefizio della Revisione, quando realmente ne abbia approfittato il reo, il quale può acquietarsi alle prime sentenze, giacchè non è nuovo il caso, che un delinquente appellatosi da una mite sentenza del Tribunale, abbia nella decisione del Consiglio trovata pena giusta bensì, ma più severa. Ha poi luogo la Revisione ipso jure in tutte le sentenze di morte, benchè il reo non l'implori, avendo veduto il benefico Sovrano quanto fosse preziosa la vita dell'uomo per non abbandonarla alla disperazione, o all'avvilimento di un condannato.

Nella Giurisdizione volontaria, ed economica provede esso contro i decreti di destinazione in Tutore o Curatore, quando vi sia ricorso per titolo d'ingiustizia: di denegata dispensa da tali oneri, qualora per esempio un Tutore credesse aver titoli legittimi onde esser esonerato dalla tutela: di rimosso Tutore, o Curatore dato a sospetto. Pendente però la decisione del Supremo Consiglio si eseguiscono tali decreti del Giusdicente, e perciò il Tutore rimosso non può ulteriormente ingerirsi nell'amministrazione: l'altro non iscusato deve assumere l'amministrazione del pupillo o minore, mentre diversamente si renderebbe responsabile dei danni, che potessero avvenire alla non difesa, e non assunta amministrazione, Leg. 28 Maggio 1819 §. ult.

Finalmente di esso si vale direttamente il Sovrano, ogni qual volta gli occorrono informazioni per deroghe sulle doti, sopra fedecommessi, sulle dispense alle leggi di ammortizzazione, e tutt' altro che gli piaccia di rimettere, come tutto giorno accade, alla giustizia di questo Magistrato. Esso inoltre gode anche di altre prerogative di onore, delle quali avrassi campo di parlare in seguito.

TITOLO VI.

DEL GIUDIZIO CIVILE E SUE DIVERSE SPECIE.

Formata la società civile pel primario oggetto della privata e pubblica tranquillità, promulgate le leggi direttrici di quelle azioni morali esterne de' cittadini, che potevano influire sul detto fine, non che quelle degli atti di giustizia commutativa, fu necessario creare magistrature, che procurassero a queste leggi la dovuta esecuzione. Ma quanto non sarebbe stato pericoloso pei sudditi l'accordare un'effrenata autorità a questi Magistrati nell' applicare le leggi al fatto, e giudicare dei diritti, e delle azioni dei cittadini senza prescrizioni di ordine, forma, e regola, e senza fissarne un limite? Quanto allora non avrebbero campeggiato nei Giudizj l'amore, l'odio, e purtroppo l'interesse? Distrutto sarebbesi in gran parte il fine della Società, e dove gl'individui del Corpo Sociale avrebbero confidato di avere un forte scudo ed una valida difesa ai civili loro diritti contro la frode, trovato avrebbero tante volte ingiustizie ed oppressioni; fu perciò che s'instituirono diverse forme e regole, a norma delle quali comportar si dovessero i Magistrati nell'esercizio delle loro funzioni; vera città essendo quella, come scrive Platone de Legibus, in cui *judicia recto ordine instituuntur*, e come a tal proposito diceva Tullio pro Sexto Roscio *vim volumus extingui? Jus valeat necesse est, nempe judicia, in quibus totum jus continetur: judicia displicent, aut nulla sunt, vis dominetur necesse est.* Veggiamo pertanto cosa, e di quante specie sia il Giudizio, e quali regole siansi intorno al medesimo stabilite.

La parola Giudizio in senso legale molte cose significa: il luogo ove si amministra la Giustizia, il consesso dei Giudici, le decisioni dei Tribunali, l'azione che s' intenta, e finalmente il complesso di tutti gli atti, che formano il processo civile. Noi qui prendiamo la parola Giudizio in questa ultima significazione.

Tra le molte definizioni del Giudizio lasciateci da diversi celebri Scrittori, diamo la preferenza a quella di Gherardo Noodt = *Legitima inter actorem, et reum apud judicem competentem disceptatio, litis finiendae, vel maleficii puniendi gratia* = Non vi ha qui parola superflua: dicesi *disceptatio* perchè realmente disputasi fra attore e reo sul controverso diritto; *legitima* per dinotare che questa non dev' essere tumultuaria, ma bensì fatta con quell' ordine, e quelle solennità che la legge prescrive; *inter actorem, et reum* perchè se uno non affaccia pretese contro l'altro, non vi è disputa; *apud judicem competentem* per indicare le tre persone, senza le quali non vi può essere giudizio, e per far conoscere che questo deve aver luogo davanti ad un' Autorità cui soggiaciano i litiganti, e che perciò abbia il potere di far eseguire le sue decisioni; altrimenti finchè litigassero insieme due persone, senza che vi fosse un terzo che avesse facoltà di giudicare o dalle leggi, o dalle parti, la lite resterebbe sempre indecisa, quando non si volesse ammettere l'assurdo principio dell' Obbesio, che la sola forza fosse l' arbitra dei diritti e delle obbligazioni degli uomini. Finalmente conchiude la definizione *litis finiendae, vel maleficii puniendi gratia* per far conoscere lo scopo dei Giudizj, che è quello o di toglier di mezzo una quistione fra cittadini, o di punire un delitto; quindi dall' oggetto del Giudizio si ravvisa dividersi il medesimo in civile,

criminale, e misto. Nel primo si tratta dell'interesse privato dei cittadini, ossia del mio e del tuo, tanto se la causa proceda da delitto, come se da contratto derivi, *Leg. ult. ff. de privat. delict.* Se, a cagion d'esempio, chiamo in giudizio Cajo affinchè mi restituisca la somma che al medesimo prestai, o renda la cosa che mi rubò, intento un giudizio civile, mentre questo non risguarda che l' interesse fra me, e Cajo. Nel secondo si tratta del pubblico bene, cui interessa siano puniti i perturbatori della pubblica e privata tranquillità; sono giudizj criminali perciò tutti quelli in cui si tratta di punire qualcuno per un suo delitto. Nel terzo concorrono ambedue questi oggetti: ciò accade qualora colui, che fu leso dal delitto di taluno, agisce per l'applicazione della pena, e pel proprio indennizzo. Interessa moltissimo distinguere l' uno dall' altro per diversi rapporti. La procedura civile è diversa dalla criminale: una transazione impone fine al giudizio civile, non così al criminale; infatti duplice obbligazione, come è noto, nasce dal delitto, una di risarcire il danno a chi dal delitto ingiustamente fu leso, e procede dal gius naturale *noli laedere jura alterius perfecta*; l'altra di subire la pena, la qual' obbligazione dal patto sociale deriva, giacchè gli uomini, quando si unirono in società civile, tacitamente o espressamente convennero di sottostare alla sanzione della legge, che la Sovrana Autorità avesse creduto di stabilire pel pubblico bene: ora ognuno può rinunziare al privato diritto di sua indennità, ma non può far cessare il giudizio con una transazione per quanto riguarda il pubblico interesse, e così cesserà la civile, non la procedura criminale; si eccettuano però i delitti minimi e leggieri, ne' quali la rinunzia del querelante prima della sentenza fa ces-

sare fra noi ogni procedura, Cod. Pat. lib. 4. tit. 4. §. 3. Nel giudizio civile inoltre ha luogo la regola *suspicio falsitatis, pro falsitate habetur*, non così nel criminale. Veggasi il Tesauro lib. 1. Quaest. 47. Il solo sospetto, per forte che sia, non basta a condannare a pena ordinaria un cittadino, ma vi si esigono prove convincenti del suo delitto. Al contrario nel giudizio civile il solo sospetto che un recapito sia falsificato, che un testimonio abbia deposto il falso, loro toglie la fede: infine non sempre chi ha giurisdizione civile è anche della criminale insignito.

Per la diversa forma del giudizio, altro dicesi ordinario, in cui tutte debbono concorrere le forme solenni dalla legge stabilite, altro straordinario in cui, o tutte o quasi tutte sono rimesse. Molti vi hanno giudizj non ordinarj; noi però li classificheremo in tre; Sommario, Esecutivo, e Sommariissimo. Nel Sommario presso noi si procede coi termini dimidiati dell'ordinario; nell'Esecutivo si ha esecuzione parata; nel Sommariissimo il Giudice procede come dicesi *de plano*, *ex aequo et bono*, senza strepito e figura di giudizio *sola facti veritate inspecta*, e sentite le parti pettoralmente, e chiamato anche a voce chiunque occorra, decide la controversia, tenendo soltanto memoria di tutto, come si vide.

Dalla natura del diritto che si addimanda il giudizio altro è petitorio, altro possessorio. Il primo è quello in cui si quistiona sulla proprietà, o sul dominio di una cosa: esso si divide in reale e personale: reale è quello in cui perseguitiamo una cosa nostra da altri posseduta, ovvero un fondo a nostro favore ipotecato: personale è quello in cui l' attore agisce per l' esecuzione di un contratto, di una obbligazione contro la persona obbligata §. *Omnino Instit. de actionib.* Possesso-

rio chiamasi quel Giudizio, in cui senza disputare a chi appartenga il dominio di una cosa, cercasi solo chi debba averne il possesso: questo è triplice, *acquirendae, retinendae, recuperandae possessionis.*

Nel primo si tratta d'avere il possesso di cosa, che mai non si ebbe: tali sono i seguenti tre Giudizj *Quorum bonorum*, che si accorda all' erede pretorio, onde conseguisca il possesso dei beni ereditarj da colui, che li tiene o come possessore, o qual' erede §. 3. *Instit. de Interd. Quod legatorum*, e compete all' erede, che diede sicurtà di pagare i legati, contro quel legatario che invase di propria autorità il possesso delle cose legate, onde le dimetta, affinchè detto erede, cui pagati i legati tutti non resta salva la quarta parte dell' eredità, possa falcidiare tali legati. È noto che, quantunque la specie legata, morto il testatore, cada in dominio del legatario, non può di propria autorità mettersene al possesso, dovendo anzi riaverlo dall' erede, *Leg.* 1. §. 2. *ff. e Leg. unica Cod. Quod legatorum.* Il nome di questi due Giudizj è tratto dalle parole iniziali dei rispettivi editti del Pretore: il primo non è in uso presso di noi, non conoscendo la legislazione Estense il testamento verbale ammesso nel Regno Lombardo Veneto: *Salviano*, che trae il suo nome dall' autore di esso, Salvio Giuliano, e si dava al locatore di un fondo rustico, onde conseguir potesse il possesso delle cose a suo favore pignorate §. 3. *Instit. de Interd.* ed ora per interpretazione estensiva si dà a tutti i creditori, che hanno a loro favore un pegno, onde ne conseguano il possesso. Presso noi si accorda il Salviano al creditore solamente quando le rendite di cinque anni del fondo ipotecato possono renderlo soddisfatto interamente: in tal caso il fondo

si mette dal Giudice sotto amministrazione, Cod. Pat. lib. I. tit. 23. §. 3.

Nel giudizio *retinendae* cercasi di stare al possesso attuale delle cose controverse, come nell' azione *uti possidetis, et utrobi* §. 4. *Instit. loc. cit.*, l' una, e l' altra si accorda a colui, che al tempo della contestata lite possiede senza vizio la cosa, che ne forma l'oggetto, la possiede cioè non per forza, non clandestinamente, non in via di precario, e ciò perchè il reo cessi dall' inquietare il possessore, lo garantisca, ed indennizzi. Passa fra questi due giudizj la sola differenza, che il primo *uti possidetis*, si dà ove si tratta del possesso di cose immobili, e *utrobi* di cose mobili, *Leg.* 1. §. 8. 9. *ff. uti possid. Leg. unica* §. 1. *ff. utrobi.*

Quegli che per forza fu espulso dal possesso di una cosa, agisce per ricuperarla insieme ai frutti, alle spese, e ai risarcimenti dei danni col giudizio *recuperandae* cui appartiene l' azione *Unde vi* §. 6. *Inst. loc. cit.* Questa non è più in uso, perchè il gius canonico altra più pingue ne introdusse nell' azione *de spolio* al notissimo canone *reintegranda* 3. *causa* 3. *quaest.* 1. e *Cap.* 18. delle *Stravaganti de restitut: spoliat.* Infatti l' azione *unde vi* solo ha luogo nelle cose immobili, l' azione *de spolio* anche per le mobili utilmente s' intenta: quella non si esercita che contro il reo, che espulse, essendo personale, e questa essendo reale si dà contro chiunque possede le cose dal cui possesso fu scacciato l' attore, onde vi sia restituito: nella prima si dà luogo a favor del reo a dare dell' eccezioni, al contrario nella seconda, perchè vi ha la regola *spoliatus ante omnia restituendus est.* Una volta tali azioni si chiamavano interdetti; ora azioni, o rimedj, o giudizj possessori. È d' uopo distinguere poi se si tratta dell'

ultimo momentaneo possesso, oppure del più antico, mentre nel primo il giudizio è sommario, e nell' altro ordinario: in quello, come in questo, non si guarda ai vizj del possesso.

Dalle persone che formano il giudizio, altro dicesi Ecclesiastico, altro Laico: quello ha luogo fra le persone addette al sacerdozio, e sulle cose ecclesiastiche, l' altro fra secolari. Basti ciò aver accennato, mentre non ammettendo la legge Estense il foro ecclesiastico, anche i Sacerdoti devono adire se attori, essere convenuti se rei, nanti il Giudice ordinario, Leg. 28 Agosto 1814 §. 20., benchè si tratti di benefizj, gius patronati, od altre cose ecclesiastiche.

Dalla quantità, che si deduce in giudizio si ha la divisione di esso in universale, generale, e singolare: universale chiamano i pratici quello in cui si chiede *jurium universitas*. Peregrin. prax. Vicar. part. 2. præmiss. 2. N. 15. Ma parmi che così non se ne spieghi la natura: direi che l' universale è quello, in cui si addimandano tutte quelle cose che vengono sotto nome collettivo, e costituiscono un corpo solo, un tutto; tale è la petizione di una eredità, in cui si chiede la restituzione di tutte quelle cose che la costituiscono, mobili, immobili, semoventi, azioni, ragioni, crediti, diritti, così se addimandisi il possesso di tutti i beni, una giurisdizione, un feudo, un castello, una città ecc. *Leg. item videndum ff. de rei vind.* In questi giudizj universali cadono anche i frutti, e tutte le accessioni Afflict. decis. 242. N. 2.

Generale sarà quel giudizio, in cui disputasi di molte specie cadenti sotto uno stesso genere, *Alexand. in Leg. edita Cod. de edendo* come nel giudizio di resoconto, a cui costringer si voglia un tutore, più cose addimandansi, ma tali però che siano tutte comprese sotto il genere della tutoria

amministrazione: generale è pure a cagion d'esempio il giudizio pro Socio, l'altro negotiorum gestorum. Convengano il giudizio universale, ed il generale in ciò che nell'uno, e nell'altro si ammette un libello generico come sarebbe: chiedo l'eredità di Cajo, perchè ne sono erede intestato: chiedo il resoconto da Lucio, perchè fu mio tutore. Diversificano però nell'effetto, imperciocchè quantunque nella petizione dell'eredità non si esprimano i singoli beni, che ne sono del compendio, non ostante il Giudice accorda all'attore tutto ciò che sotto il nome di questa eredità possede il reo convenuto al punto della sentenza; diversamente nel generale, in cui se si è chiesta una specie, e se le prove esibite questa riguardano, ad essa sola si restringe la sentenza; magistralmente spiega questa diversità il celebre Gaillo nella sua osservazione pratica 68. al N. 8.

Se infine si addomanda una cosa speciale, come la restituzione del deposito della mutuata somma, del commodato, il giudizio è singolare.

Non è ad ignorarsi che il giudizio universale, trae a sè ogni altro particolare giudizio che tenda a quello, massima desunta dalla *Leg. Solemus ff. de judiciis;* perciò apertosi un giudizio universale tacciono per necessità tutti gli altri singolari.

Anche dalle qualità del Giudice si ha una distinzione del giudizio, perchè se si fa davanti al Giudice ordinario prende il nome d'ordinario, ed all'incontro direbbesi delegato, ove si tenesse davanti persona dal Sovrano ad una tal causa delegata, ed il nome acquisterebbe d'arbitramentale, se si tenesse davanti ad uno, o più arbitri scelti dalle parti. Questa distinzione, come pure le altre di giudizio incidente, emergente, pubblico, privato, duplice, o semplice, preliminare, o preparatorio sono di poco conto.

Il giudizio è Incidente, quando discutesi una qnistione subalterna alla causa principale nata in pendenza di questa, che non riguarda gli atti d'ordine, ma sibbene percuote il merito principale, come l' eccezione di regiudicata, di prescrizione, e simili eccezioni perentorie. È emergente all'incontro quando si tratta di eccezioni che non percuotono già il merito della Causa principale, ma tendono ad elidere il promosso giudizio, e ad impedire il processo, come per esempio: con quale ordine si abbia a procedere, se sia da accordarsi una dilazione, se uno possa essere testimonio, e simili eccezioni dilatorie. È Pubblico se si tratta dell'interesse della Società, come sono i giudizj criminali, che riguardano la salvezza dello Stato. È Privato se ha per oggetto l'interesse de'Singoli. È Duplice se l' azione medesima compete da prima a tutti i litiganti, talchè ciascuno di essi potrebbe essere attore, per esempio l' azione *communi dividundo* perchè potendo ciascun socio esercitar l' azione di divisione della società, ciascuno può essere attore: intrapreso poi da uno simile giudizio contro gli altri socj, questi divengono rei convenuti. Al contrario Semplice è quel giudizio in cui uno solo può essere attore, perchè ad esso solo spetta l'azione: tale è quello che ha luogo fra creditore, e debitore. Sotto nome di Preparatorio, e Preliminare infine cade quello, che necessariamente deve anteporsi ad altro in merito, il quale diversamente renderebbesi inutile, ed illusorio, come nel caso in cui occorra citare l' erede presuntivo di chi mi era debitore: non sapendosi che questi abbia adito, oppure voglia adirne l' eredità, per non agire contro il medesimo inutilmente, è necessario che io premetta il giudizio tendente a farlo dichiarare in proposito.

Non passo neppure sotto silenzio i giudizj preventivi che talora sono di molta utilità. Giudizio preventivo, detto anche *de futuro*, è quello nel quale taluno agisce con una azione, il cui esercizio non gli compete ancora, ma però certa esiste speranza, che un giorno gli competerà: come se uno avente il diritto di precedenza, o di preminenza, o di giurisdizione, non verificato ancora, tema che possa venirgli un giorno contrastato, può tentare un giudizio preventivo, onde dal Tribunale venga innanzi tempo canonizzato il suo diritto esercibile solo all' opportunità. La giustizia di questi giudizj si manifesta col riflettere, che se l' attore attendesse il momento della purificazione del suo diritto, potrebbero mancargli le prove che oggi ha in pronto, potrebbe la diuturnità della lite rendergli inutile il godimento del suo diritto, o si esporrebbe altro simile danno ad incontrare.

Benchè il Romano ne' suoi consigli, e qualche altro ancora siano stati contrarj all' ammettere simili giudizj, la comune de' Giuristi però, compresa la Rota Romana, ha adottata la massima contraria, e si permettono questi giudizj quando concorrono queste circostanze: che l' attore presenti un fumo di buona ragione, non pretenda la condanna attuale del reo innanzi tempo, e solo intenda di andare incontro al pericolo di un danno futuro. Veggasi il Boemero nella sua esercitazione al lib. 1. tit. 1. delle Pandette. De Luca de Judiciis disc. 16., de Emph. disc. 52. Amat. Resol. 49. Ciò basti per ora sui giudizj.

PARTE SECONDA

CAUSA EFFICIENTE DEL GIUDIZIO.

Le persone che formano il giudizio sono la causa efficiente del medesimo; dividonsi in tre classi, essenziali, utili, e accidentali: le essenziali sortono questo nome, perchè senza di esse non vi può essere giudizio, e sono tre; Giudice, Attore, e Reo: una sola di queste che manchi, cessa il giudizio. Infatti se manca l' attore, che affacciando un diritto contro il reo, lo chiami nanti il Giudice, non si apre il giudizio; se il citato non contraddice, e si dà per vinto, non vi è controversia, la quale per sè suppone diversità d' opinione; se poi fra due litiganti non vi fosse superiore, la questione resterebbe perpetuamente indecisa, perchè l' attore non ha diritto di far sì, che il reo ceda alle proprie pretese, nè questi può costringere quello ad acquietarsi alle proprie eccezioni, come si vide al titolo antecedente. Le utili sono quelle, che servono al miglior andamento del giudizio, ma non sono poi al medesimo totalmente necessarie, che anche senza di esse non potesse stare: tali sono il Notaro, il Procuratore, l' Avvocato, il Difensore, il Messo: nelle cause minori infatti possono l' attore, ed il reo verbalmente, come si vide, esporre le rispettive azioni, ed eccezioni nanti il Giudice, e questi può dare sentenza precisivamente dall'intervento di altra persona. Tali furono i primi giudizj, che ebbero luogo fra gli uomini. Le persone accidentali finalmente sono quelle, che talora per accidente vengono a

prender parte, o sono citate a comparire pel loro interesse, volendo, ad un giudizio da altri incoato. Il garante, il promissore d'indennità, o d'evizione, il terzo sopravveniente in causa sono di questo genere. Nei titoli seguenti faremo parola di tutto.

TITOLO I.

DEL GIUDICE.

Il Giudice si definisce = *Persona publica habens auctoritatem secundum leges, et consuetudinem judicandi* = *Leg. inter litig. leg. trib. ff. de Judiciis.* Non vi ha Giudice senza giurisdizione, anzi da questa ne trae il nome. L'etimologia della giurisdizione viene *a jure dicundo. Leg. 1. e 18. ff. de jurisdictione.* Come di questo argomento importantissimo si tratta da ben altra penna in Pandette, così mi contento di richiamare solo le idee principali = *Publica potestas judicandi et exequendi causas ad judicia spectantes, sive civiles, sive criminales* = Così si definisce la giurisdizione.

Il Voet però la definisce in questi termini = *Legitima causae cognitio, discussio, ac definitio inter actorem et reum coram judice facta* = e l'Einecio = *Legitima causae disceptatio, et decisio a judice competente facta* = brevemente disse il Noodt = *notio jure magistratus competens* = noi diremo più chiaramente = *Diritto accordato dalla Suprema Autorità ad una o più persone di conoscere, e giudicare dei diritti, e delle obbligazioni controverse dei cittadini, e delle azioni morali esterne dei medesimi, che influiscono sulla pubblica e privata felicità, e di far eseguire i proprj giudicati* =. Dissi *diritto accordato dalla Suprema Autorità* perchè non da altri, che dal So-

vrano può ottenersi la giurisdizione; *ad una, o più persone* mentre essa si accorda ora ad un Giudice solo, ora ad un corpo morale; *di conoscere, e giudicare dei diritti, e delle obbligazioni controverse dei cittadini* per far conoscere, che dove non è lite, non può spiegarsi giurisdizione civile contenziosa; *e delle azioni morali esterne*, poichè le azioni fisiche per sè non sono ad alcuno imputabili, e delle interne può solo giudicare Iddio, che è scrutatore de' cuori; *che influiscono sulla pubblica, e privata felicità* per far conoscere, che le azioni indifferenti dei cittadini, come non interessanti gli accennati oggetti, non sono imputabili, consistendo la libertà civile nel poter fare tutto quello che si crede conducente al proprio ben' essere, purchè non si urti contro le leggi naturali, religiose, e civili; *e di far eseguire i proprj giudicati* onde mostrare, che senza questa facoltà, sarebbe inutile l' altra di conoscere e giudicare sopra una controversia: Arbitro, e non Giudice è quegli, che dato il proprio lodo, il proprio giudizio, non ha il potere di farlo eseguire, come vedremo fra non molto. Da questa definizione si scorge che la giurisdizione altra è *civile*, altra è *criminale*, come si disse parlando dei giudizj. La civile altra dicesi *contenziosa*, che dal Giudice si esercita fra i litiganti, altra è *volontaria*, che si spiega fra persone, che sono già d' accordo, *inter volentes;* tale è la giurisdizione del Giudice d'autorità che interpone la sua autorizzazione nei contratti di quelli che non hanno la libera amministrazione de' loro beni. Si divide pure la giurisdizione *in ordinaria, e straordinaria;* l' ordinaria è quella di cui uno trovasi rivestito per ragione di uffizio, *jure magistratus*, che è inerente alla carica che si cuopre; tale è quella che compete a ciascun Giu-

sdicente *Leg. mora.* 5. *ff. de jurisd. leg. sine alia ff. de offic. Procons.* Questa altra dicesi *propria*, se spiegasi dal Magistrato cui appartiene, altra *mandata*, o come alcuni dicono ancora *delegata*, quando il Giudice ordinario delega ad altri per assenza, o malattia, o per qualche altro impedimento le proprie funzioni, ed in questo caso tanto ha di autorità il sostituto, quanto gliene ha conferita il delegante, come succede fra mandante, e mandatario *Leg. solet. praetor.* 10. *loc. cit.* Questa giurisdizione mandata si definisce = *Exercitium vicarium alienae jurisdictionis alicui ab ordinario magistratu commissum* = La straordinaria è quella che compete, non già per diritto di magistratura, ma bensì per disposizione di qualche legge speciale, o per Sovrana particolare disposizione. Abbiamo un esempio del primo caso nella *Leg.* 8. *ff. de transact.* che delega il Giudice ad interporre il suo decreto nelle transazioni sopra alimenti futuri lasciati a causa di morte; è esempio del secondo nella nomina fatta dal Sovrano di uno a conoscere di certo delitto, o di qualche civile controversia. È regola generale, che il Delegato non può subdelegare *Leg. ult. ff. de officio ejus cui mand. est jurisd.*, a meno che il delegante non fosse il Principe stesso *nisi*, dice la legge 5. Cod. de Judiciis, *a Principe Judex datus fuerit*. Vi ha pure la giurisdizione *ecclesiastica*, di cui sono insigniti gli addetti al sacerdozio: *Authentica statuimus de Epis. et Cleric*, ma non è ammessa in questi Stati. Evvi la giurisdizione *convenzionale*, ed è quella che nasce dal consenso delle parti, e benchè queste non possano accordar giurisdizione a chi non presiede ad alcun giudizio, pure hanno facoltà di rendersi a se stesse competente un Giudice, che per l'ordinaria sua giurisdizione tale non sarebbe *Leg. pri-*

vatorum 3. *Cod. de Jurisd.*, e ciò colla prorogazione di cui avanti parleremo. Cessa la giurisdizione colla morte di chi ne è investito, o colla revoca che ne faccia il concedente.

Vana ed illusoria sarebbe la facoltà di giudicare le cause civili e criminali, cioè la giurisdizione, quando non vi fosse congiunta l' autorità ancora di far eseguire gli emanati decreti. *Leg.* 5. *ff. de officio ejus cui etc.* Quest' autorità, che dicesi imperio, va perciò congiunta alla giurisdizione, la quale senza di essa si risolverebbe in semplice nozione, ossia nel diritto di conoscere e giudicare le cause, di cui sono forniti i Compromissarj.

Questo impero altro chiamasi *misto*, altro *mero*. Quello è congiunto alla giurisdizione civile, ed è perciò che dicesi *misto*. Argomentando poi dalla Legge *Munus* 214. *leg. Potestatis* 215. *ff. de verbor. significat.* unita alla *leg. ult. ff. de officio ejus*, e dalla *leg. imperium* 3. *ff. de jurisdictione*, si può definire = *Jubendi, cogendi, coaercendique potestas* = Questa podestà si esercita in diversi modi, cioè coll' imporre delle multe, far levare i pegni, usar della forza armata, sospendere o togliere dei diritti, e talora anche col far mettere in carcere il disubbidiente. L'impero *mero* che al dir del Noodt suona lo stesso, che *summum imperium*, si definisce = *Jus gladj ad animadvertendum in facinorosos homines* = *Leg.* 3. *ff. hoc. tit.*, cioè diritto di processare, giudicare, e punire i rei. Questo è sempre unito alla giurisdizione criminale, su cui non è della nostra messe il ragionare.

Generalmente la giurisdizione civile non obbliga alcuno che sia fuori del Territorio entro cui si ha diritto di esercitarla. Il Giudice fuori del Territorio della propria giurisdizione, non è che un privato cittadino, cui si può impunemente non

ubbidire, *Leg. extra territorium ff. de Jurisd.* Veggasi avanti nel titolo del libello.

Dal sin qui detto si raccoglie, che non si deve confondere il Giudice coll' Arbitro, nè coll' Arbitratore, mentre il Giudice ha facoltà di decidere le controversie tutte fra cittadini alla sua giurisdizione soggetti, e di far eseguire il proprio Decreto, e l'Arbitro non è che un privato cittadino, cui le parti conferiscono l' autorità di decidere le controversie loro, e dato che abbia il suo giudizio, *functus est munere suo*, non ha giurisdizione per farlo eseguire, ma per questo oggetto devono le parti adire il Giudice competente. Fra l' Arbitro, e l'Arbitratore poi passa questa differenza, che il primo deve giudicare a norma del gius civile, e colle forme dal medesimo prescritte, mentre l'Arbitratore può conoscere la causa *ex aequo, et bono*, senza forma di giudizio, e quando il trovi conveniente, può anche proporre un piano di transazione cui devono le parti immancabilmente adattarsi. Estesamente ne parleremo al titolo del Compromesso.

Molte qualità deve avere il Giudice. Io accennerò di volo l' essenziali, che riduco a tre: Religione, Dottrina, Diligenza nel pronto disbrigo delle cause. Dove non è Religione ivi non alberga giustizia. La veste di Magistrato non basta a difenderlo dall'impeto delle passioni, e dall' umana debolezza. Nel conflitto dell'interesse proprio coi diritti altrui qual ritegno avrebbe l'uomo a commettere i più esecrandi delitti, qualora al coperto si vedesse dall' occhio umano, se non l' infrenasse la Religione nostra, se non lo spaventasse l' idea, che un Dio lo vede, lo giudica, e che un' eterna pena starà in luogo di quella, che seppe evitare dell' umana giustizia! Non basta che professi esteriormente il culto religioso, ma deve, per quanto

alla frale umanità è permesso, dar ricetto nel proprio cuore a tutte quelle virtù, che sono figlie insieme della ragione, e della Religione Cristiana. Sopra tutto serva alla imparzialità; a tal' effetto eviti nella propria giurisdizione qualsiasi legame di parentela, di traffico, commercio, società, e sopra tutto di debiti; non accolga raccomandazioni, le quali fan sempre torto egualmente a chi le emmette e a chi le accetta, mentre è un error grossolano, benchè comune, il ritenere che i Giudici abbiano degli arbitrj. Essi non ne hanno alcuno qualora giudicano dei diritti de' cittadini, e se accadesse talora, e ciò è assai ràro, che le ragioni di ambe le parti si bilanciassero, non potrebbe il Giudice l'una anzichè l' altra favorire; ciò mostrerebbe parzialità, e questa è contraria a giustizia: in tal caso devesi procurare o una transazione amichevole, o un compromesso, o la sorte, o la divisione della cosa, di cui perfettamente è dubbio a chi ne spetti il dominio. Neppure è in arbitrio del Giudice lo spedire prima una causa dell' altra, mentre se non concorre il privilegio dalle leggi accordato o alla natura delle cause, per esempio di alimenti, dote ecc., o alla qualità della persona dei litiganti, come per esempio, i miserabili, i pupilli, il Magistrato deve giudicare le cause con quell' ordine, con cui sono poste in istato di spedizione. Pera quel Giudice che non isdegna accettar regali! nè intendo già di quelli che siano diretti alla vera baratteria, da cui rifugge persino il pensiero, ma bensì di que' piccoli munuscoli, che alcuni autori dietro la legge *Plebiscito* 18. *ff. de off. Presid.* ed il capitolo *Statuimus de rescript. in* 6. permettono ai Giudici di ricevere, asserendo essere cosa inurbana rimandarli, e non potersi presumere, che il Giudice possa per così tenui cose abbandonare la giustizia. Chi ac-

cetta il piccolo dono facilmente si accostuma a non rimandare il più ricco, *multa pauca faciunt unum satis,* e sempre male si provvede alla fama di un Giudice che riceve doni, mentre il volgo, senza parlare delle qualità, sparge voci maligne, che il Giudice si compiace accettar regali: falsa pure è l'opinione di altri, che ne permette l' accettazione dopo la sentenza; infatti vi è molta probabilità, che siasi sperato prima quel regalo, che dopo la sentenza si è gradito *Auth. novo jure Cod. de paena Judiciis*. Egualmente pericoloso pel Magistrato è il sedersi troppo spesso a mensa coi giurisdiziarj. Procuri ne' suoi giudizj di non lasciarsi prendere dalla prevenzione: questa si unisce a tutte le virtù per corromperle tutte, per isviare il giusto, ingannare il severo, sedurre il sensibile: ella cambia, come il nostro spirito, varia al variar degli affetti, si tinge dei colori proprj a ciascun carattere per rifletterli in seguito sopra tutti gli oggetti e sfigurarli tutti: un Giudice che si lasciasse così tradire dalla prevenzione non sarebbe imparziale. In una parola deve il Giudice, che sovente le leggi chiamano *vir bonus,* declinare da tutto ciò che possa insensibilmente comprar l' animo di lui, e fargli perdere quell' assoluta libertà, che è tanto essenziale a mantenere l'equilibrio della bilancia, su cui librar devonsi le obbligazioni, e i diritti de' cittadini, *Leg.* 4. §. 1. *ff. fam. haerc. leg.* 58. §. 1. *ff. locati; Menoch. de arbitr. Jud. quaest.* 1.

Sia servo alla legge, benchè austera rassembri, allontanando ogni pretesto di equità *Brunnem. ad Leg. placuit Cod. de Judic. Quod quidem, per quam durum est, sed ita lex scripta est* scrisse Ulpiano nella *Leg.* 12. *ff. qui et a quibus manum. liberi non fiant*. Infatti, come dice Giustiniano nella sua novella 82. cap. 10., i Giudici non devono essere

più clementi della legge, diversamente non solo farebbero un' ingiuria al legislatore, volendo esser più di lui prudenti, ma si arrogherebbero così, contro i diritti di maestà, il poter di far nuove leggi, o di modificare le attuali: dacchè furono promulgate, non più di quelle, ma con quelle deve giudicarsi, ed il Giudice non ne è che il custode, l'esecutore, e non il censore. Solamente nel caso in cui manchi affatto la civile disposizione che percuote la soggetta materia, o fatti-specie, potrà il Giudice colle sole scorte dell'equità naturale, e della semplice retta ragione giudicare; che se in fine la legge esiste, ma non lascia conoscere la mente del legislatore, non può il Giudice che ricorrere al Sovrano, onde averne quella che dicesi interpretazione autentica. Veggasi avanti il titolo degli Avvocati.

Sia sempre mosso il giudizio del Giudice dai motivi intrinseci alle cause, non da estrinseche circostanze, e si poggi solamente alle prove risultanti in processo, precisivamente da qualsiasi particolare, e stragiudiziale notizia, a meno che questa, e quelle non fossero in aperta opposizione fra loro, mentre non vi ha caso in cui la sentenza del Giudice possa essere colla di lui coscienza in contraddizione. Su tale proposito quistionano i Giureconsulti come abbia a contenersi il Giudice qualora nasca la circostanza di dover giudicare un uomo, che le risultanze processuali tutte addimostrano innocente, mentre esso per private certe notizie conosce esser reo, e viceversa: posta queste tesi distinguono l'assolvere dal condannare: se si tratta di uno, che dal processo appaja innocente, o almeno non convinto, o confesso, ma che al Giudice costi per sicuro essere reo, dicono potersi assolvere, pel principio che le leggi sono più proclivi ad assolvere, che a condannare, e ciò dietro

la *Leg. veritas rerum 6. ff. de off. Praesid.;* se all' opposto trattasi di condannare un innocente contro cui la bizzarria della sorte seppe radunare fallaci prove di reità, ritengono, che debba il Giudice, quando altro mezzo non abbia onde far costare della innocenza di cui esso solo è certo, ricorrere alla Suprema Autorità, onde ottenere di non giudicare in tale circostanza, e piuttosto servire come testimonio, anzichè come Giudice. In questo ultimo caso mi sottoscrivo all' opinione esposta, ma nel primo farei una distinzione fra delitti privati e non gravi, e delitti pubblici ed atroci: nei primi converrei che il Giudice potesse assolvere; non così nei secondi, mentre non permetterei il rientrare in società ad un uomo, che ha mostrato un carattere assai pericoloso alla tranquillità, e sicurezza della medesima, onde anche in questa circostanza ogni mezzo cercherei di non assolvere un soggetto delle cui prave intenzioni mi costasse.

Promova inoltre il Giudice qual buon padre di famiglia le transazioni, prevenga le discordie, le risse, cerchi impedire i delitti procurando la pace fra privati, che influisce essenzialmente alla pubblica quiete; sia accessibile alle parti, che devono informarlo dei rispettivi loro diritti; l'essere urbano concilj colla gravità che al magistrato conviene, servendo anche a quella prudenza, che necessaria in ogni essere sociale, è poi indispensabile in qualsiasi magistratura, poichè gli occhi dei Giurisdizionarj sono sopra essa rivolti o per trarne esempio, o più presto per censurare di ogni sua operazione.

Rispetto alla dottrina è necessario, che il Giudice sia versatissimo nella filosofia, che è la chiave di qualsiasi altra scienza: deve ben conoscere la morale, ed il gius di natura; questi sono gli unici fondamenti di ogni umana legislazione, e senza

una profonda cognizione di essi non si potrebbero spiegare, ed interpretare quelle leggi, che per avventura presentassero talora qualche oscurità nella corteccia delle loro parole, nè potrebbesi giudicare rettamente, ove legge scritta mancasse.

Al tempo dei Romani potevano i Giudici essere ignari del diritto, e perciò loro si davano degli Assessori, onde fossero istrutti sul modo di decidere le cause. Pericolosa, ed umiliante cosa! Ora per legge nostra devono essere dotti, come la stessa ragione l'addita, nella scienza delle romane leggi, nella storia loro, nel gius canonico, nelle forensi teorie, nella pratica, e nel Patrio diritto *Cod. Pat. lib. 1. tit. 2. §. 3.* Chi mai potrebbe ignorare la scienza che professa, o l'arte che esercita? La cultura poi nelle umane lettere, nella geografia, e nella storia in genere renderanno più pregevoli alla società le giudiziali magistrature.

Rapporto finalmente alla diligenza, consiste questa nel più pronto disbrigo degli affari al Giudice affidati, ma sopra tutto nello studiare bene i fatti, onde, rettamente applicata la legge, presto dar fine alle liti. Se la lentezza è fatale nelle cause civili, ben più lo addiviene nelle criminali, perchè in quella dei beni soltanto, ma in questa si tratta della vita, dell'onore de' cittadini. Tre conseguenze può avere la lentezza del Giudice nelle prime, cioè: che le parti litiganti indebolite dalle molte spese giudiziali siano alla fine costrette ad abbandonare la causa: che al vincitore sia tolto dalla lunghezza della lite il conseguimento del suo diritto, o perchè perisca la cosa che ne formava il soggetto, o divenga insolvente il reo da condannarsi, e le spese giudiziali superino l'ammontare della lite: che infine al vincitore si tolga il godimento del conseguito diritto. Quante volte una sentenza che sarebbe stata utilissima data anni pri-

ma, ora diviene inutile, perchè svanito l'oggetto della medesima, non ne restano che le spese a pagarsi? E qualora parlo della diligenza del Giudice nel finir le cause, non intendo solo di aver rapporto al periodo di tempo in cui, conchiuso in causa, si passi al medesimo il processo pel decreto, parlo anche della diligente sollecitudine nel togliere di mezzo tutti i cavilli, cui le parti potrebbero ricorrere per portar la causa quasi all'infinito.

Ma quanto più terribili non sono gli effetti della lentezza del Giudice in criminale! È una iniquità che per incuria del Giudice nel compilare il processo si faccia languire in carcere un uomo più lungo tempo di quello importerebbe il commesso delitto. È una infrazione del patto sociale il privar più lungo tempo di libertà uno sfortunato innocente, per sola trascuratezza del Giudice nel verificare le false apparenze che la cieca fortuna unisce talora contro il medesimo. Qual umiliante confronto, dice il Beccheria, per l' uomo onesto, fra l' indolenza di un Giudice, e l' angoscia di un inquisito, fra i piaceri di un Magistrato, e lo squallore di un detenuto? La tortura che ricorda i tempi dell'ignoranza, dell'errore, e della barbarie, fu dalla religione de' Sovrani abolita, ma altra tortura sta nell'inazione del Giudice criminale: quella era maggiore nell' intensione del dolore, questa nella durata, quella crucciava il corpo degli infelici, ma questa ha il doppio crudele oggetto di macerare i corpi nel lungo orrore della carcere, e tener lo spirito nell' angoscia dell' incertezza, resa più terribile dall'immaginazione e dal timore.

Questa inazione distrugge la legge penale, perchè ne toglie il fine, che è quello d' incutere un salutare timore della pena negli altri cittadini, onde dal delinquere si astengano; ma questo og-

getto cessa, ove troppo disti l'applicazione della pena dal delitto: l'idea della pena deve essere associata a quella del delitto, e non si deve presentare, che come una conseguenza di quello. Separate queste idee, il delitto non è che un fomite pel malvagio a delinquere, onde servire alla rea passione, e la pena non è che un inutile, e compassionevole spettacolo, in cui giustizia sola rimane, nel mentre che gli spettatori dimentichi del delitto, disapprovano una severità che loro sembra inopportuna. È questa una verità di sentimento: se ci arriva all'orecchio la fama che uno tese insidie al suo rivale, lo aspettò al varco, lo ferì alle spalle a più colpi e l'uccise, ci prende tale sdegno che noi vorremmo in sul punto veder tratto all'ultimo supplizio quell'infame omicida. Questi caldi moti del cuore non istudiati, non appresi, ma ispirati dall'eterna Giustizia, vanno via via scemandosi a misura che il tempo indebolisce la memoria del delitto, per cui allo sdegno succede la calma, a questa la compassione; diminuito l'orror del misfatto, resta, come dice Beccheria, il solo rincrescimento di perdere per la via della pena un nostro simile, dopo averne altro perduto per la via del delitto. Così la legge penale subito eseguita è necessaria e giusta, ed inutile diviene troppo tardi applicata.

I patimenti del carcere sono pure una nuova pena, e l'indolenza del Giudice si appropria il diritto di comminarla, il che solo spetta al Legislatore. La filosofia criminale addita che ogni pena non necessaria è tirannica, ogni eccesso nel punire è violenza, e che ad ogni grado di dolo dev'essere commensurata diversa pena con proporzione geometrica; ma a che giova che il saggio Legislatore sappia unire l'umanità colla giustizia, la severità colla clemenza, che nelle sue mani la

pena stia in bilancia perfettamente col delitto, se poi trabocca fra quelle del Magistrato!

Si dirà che oggi l' umanità ha distinta la detenzione per custodia dal carcere per pena, che ha diminuito l'orrore della medesima, ed ha chiuse quelle tombe de'vivi ove stesso si frammischiò il reo coll' innocente, e dove talora si beveva il calice amaro della disperazione prima di avere la sentenza. Tutto ciò è vero, ma chi compensa il bene di libertà ingiustamente perduta, chi le angustie di rigorosa custodia, chi l' abbandono dell' amata compagna, dei figli, degli amici, dei parenti? Chi la pena di un lungo ondeggiar fra tema, e speranza, chi infine la perdita del proprio onore che mai dopo il carcere sofferto interamente si riaquista?

Dal sin qui detto risulta chi possa esser Giudice. Per natura non lo ponno essere quelli, che non godono dell' uso della retta ragione, come i pazzi, i mentecatti, i pupilli, gl' infanti, i furiosi, i muti e sordi *a nativitate*. Nacque dubbio se il furioso, che ha lucidi intervalli possa esser Giudice: forse diede moto al dubbio la *Leg. cum furiosus ff. de Judiciis*. La negativa è più da abbracciarsi: altro è ritenere che la sentenza, la quale apparisce data in lucido intervallo da un Giudice furioso sia valida, altro è ritenere che si possa far Giudice un simile infelice *Leg. cum judex datus ff. loc. cit.* Così non è pacifico, se un cieco possa esser Giudice, si ritiene però comunemente dietro la *Leg. caecus ff. de Judiciis,* che si possa non rimovere un Giudice; divenuto tale, ma non promovere già a tal carica un cieco. *Leg. hunc titulum* 1. *ff. de postulando*.

La *Leg.* 15. *ff. de re judic.* fissa l' età del Giudice agli anni diciotto; ammette però che possa esser arbitro chi toccò l'anno quattordicesimo di sua

età. Anticamente in Roma era necessaria l'età d'anni venti *Leg. cum lege* 46. *ff. de receptis;* ma questa legge andò in disuso ai tempi di Triboniano. Presso di noi regolarmente si richiede l'età d'anni venticinque.

Per comune consuetudine de' popoli sono escluse dalla carica di Giudici le donne *Leg. sed etsi ff. de receptis.* L'educazione, che loro comunemente si porge, non è atta a fornirle de' necessarj requisiti, e forse per la loro fisica costruzione non sarebbero abili a tale impiego.

Gli addetti al sacerdozio, perchè intenti alle cure sacre di religione, non possono essere Giudici in laica giurisdizione. Finalmente fra noi non è ammesso chi non professa la Cattolica nostra Augusta Religione, e chi fu privato della cittadinanza per delitti commessi.

Deve l'eletto Giudice giurare fedeltà al Sovrano, ed alle sue leggi, e dar cauzione di stare al sindacato a norma della patria legge, le quali ancora altri obblighi al Giudice prescrivono, cioè di non abbandonare la giurisdizione di notte, di non pubblicar gride senza permesso, tranne il caso di necessità, di rispondere del fatto della propria famiglia, invigilare sui Notari, Cancellieri, ed altri subalterni, onde non manchino ai rispettivi loro doveri, e non prevarichino in uffizio, di fare in certi determinati tempi la visita ai confini dello Stato, quando si tratti di Giusdicente che risieda presso il confine di estero dominio; gli altri obblighi di minor conto si apprenderanno dalla pratica. Mancando a suoi doveri il Giudice, oltre all'essere responsabile in faccia a Dio, è poi tenuto in sindacato, di cui a suo luogo parleremo.

TITOLO II.

DELL' ATTORE.

La seconda persona essenziale al giudizio si disse essere l' Attore; l' etimologia di questa parola viene *ab actione*, *ab agendo*, mentre esso intenta sempre in giudizio una qualunque azione, e infatti agisce per ottenere il suo intento. Volgarmente dicesi Attore quegli, che primo schiude i cancelli del foro, e chiama in giudizio altri avanti al Magistrato: come per altro non è sempre Attore propriamente tale chi primiero altri provoca in giudizio, così in senso legale Attore è quegli che in gindizio chiama taluno onde gli presti o dia qualche cosa *Leg. in tribus ff. de Judiciis*.

Il titolo del codice Giustinianeo *qui legitimam personam standi in judiciis habeant, vel non*, addita quali persone possono agire in giudizio, e quali no: conosciuti questi ultimi, ne viene che a tutti gli altri a cui dalla legge non è vietato, sarà permesso l' essere Attore in foro.

1. Non possono agire coloro che versano nell'età pupillare, e ciò senza distinguere se essi sieno più prossimi all'infanzia, che alla pubertà.

2. I minori d' anni 25 secondo il gius romano, e presso di noi d'anni 21, senza che siano assistiti dal lor curatore.

3. Tutti quelli, che sono dementi, furiosi, mentecatti, e simili.

4. I figli di famiglia senza il consenso di coloro, alla cui patria podestà soggiacciono, e quì camminano di pari passo il gius comune nella *Leg. Lis. nulla* 4. *ff. de Judiciis*, ed il Codice Patrio nel *lib.* 2. *tit.* 5. §. 11. In molti casi però

possono i figli di famiglia agire senza la paterna autorità, e sono: 1.° Qualora agiscono quali curatori, o tutori d'un pupillo, o minore, perchè negli affari pubblici sono considerati come i padri di famiglia *Leg.* 9. *ff. de his qui sunt sui vel alien. jur.* 2.° Se agiscono a nome, e quali Procuratori di persona, che sia di suo diritto. 3.° Quando si tratta di beni castrensi, o quasi, mentre per questi sono riguardati come padri di famiglia. 4.° Quando maggiori d'anni diciotto, pubblicamente maneggiano gli affari del padre. 5.° Se esercitano, essendo maggiori d'anni sedici, pubblicamente una qualche arte, o mercatura; in quest'ultimo caso potrebbero agire solamente quando si trattasse di cose entro la sfera dell'intrapreso commercio, o della professata arte. 6.° Se essendo dal padre divisi e maggiori d'età, trattano notoriamente i proprj affari da se. 7.° Se il padre, o l'avo è interdetto. 8.° Se questi ha un meditato, od immediato interesse nella causa da intraprendersi dai figli.

5. Alla donna rigettata dall'agire in criminale tranne il caso in cui si trattasse dell'ingiuria di se, o de'suoi parenti, e dell'annona *Leg. non est permissum leg. mulierum* 10. *ff. de accusation;* non è vietato di agire per se in giudizio civile: la consuetudine però toglie questo diritto alla maritata, quando non sia dal marito autorizzata. *Voet ad Pand. Lib.* 5. *Tit.* 1. §. 4. Questa consuetudine è pur consentanea allo spirito del Codice nostro; esso vuole che in ogni obbligazione la donna maritata sia assistita dal marito, e siccome nella contestazione della lite si fa un quasi contratto fra l'attore, e il reo, come vedrassi, così la donna deve agire col consenso del proprio marito.

6. Gl'interdetti senza il consenso del loro Curatore.

7. Gli eretici e gli scomunicati non possono agire, ma solo difendersi in giudizio, come si ha dal Gius Canonico al tit. *de exception. Cap.* 5.

Il primo dovere di chi si fa attore in giudizio è quello di scegliere quel Tribunale, o Giudice, cui è soggetta la persona, che ritiene sua debitrice, come vedremo al titolo seguente, onde citarla a comparire in questo suo foro competente pel trito principio *Actor sequitur forum Rei.* Il secondo è di chiaramente esporre al Giudice i titoli di credito, che intende avere contro la persona da citarsi, altrimenti non sarebbe ascoltato; il terzo in fine è di provare pienamente quanto in giudizio ha asserito essergli dovuto, altrimenti è condannato anche nelle spese coll' assolutoria piena del reo convenuto, per la regola *nihil probante Actore, reus absolvitur* la quale verrà sviluppata al titolo delle prove *Leg. eum quem.* 79. *ff. de Judic. Leg. post medium Cod. eod.* Una volta prestar doveva l' attore il giuramento di calunnia, di cui in appresso daremo idea; ma questo non è più in uso.

Deve poi l'attore guardarsi dal chiedere più di quanto gli è dovuto, per non incorrere nella infradicenda pena. In quattro modi ciò può avvenire, come ne lo additano le Instit. *al* §. 33. *tit. de action.* nella cosa, nel tempo, nel luogo, e nella causa: nella cosa, quando si ecceda in ciò che è dovuto, come se chiedessi dieci giliati ad uno, non essendomene dovuti che otto, o tutto un Fondo, non essendo mia che la metà: nel tempo, col chiedere oggi quello che non è ancora scaduto; come colui che paga più tardi del dovere, si ritiene pagar meno di quanto deve, così chi chiede avanti tempo, dimanda più del dovere: nel luogo, se esigessi un pagamento in Modena quando per la fatta stipulazione il reo potesse

pagare anche al suo domicilio in Milano: nella causa, qualora dovendo una di due cose quella che esso vorrà, viene impetito a prestarne una sola assolutamente, o che dovendo una cosa in genere, vien molestato per averne una in ispecie. Per esempio: Tizio mi promise o cento zecchini, o cinquanta sacca di grano a suo arbitrio, chiederei di più nella causa se volessi i cinquanta zecchini; così sarebbe se, avendomi promesso cinquanta mastelli d'uva nera, io la volessi di Sorbara o di altra scelta villa speciale.

Anticamente chi chiedeva di più del suo avere perdeva la lite e le spese, quando non avesse avuta giusta causa di essere restituito in intiero. Zenone prescrisse poi che quegli, il quale avesse addimandato di più pel tempo, fosse costretto di rifare al reo le spese, e duplicargli la dilazione *Leg. 1. omnis Cod. de plus petit.* Se per esempio avessi chiesto il mio capitale due anni prima della scadenza, avrei dovuto aspettare un quadriennio. Giustiniano poi nella legge 2. al medesimo titolo, volle che nel triplo si condannasse l'attore a favor del reo di ciò che avesse per gli altri tre modi richiesto in eccesso. Oggi chi più chiede nel tempo, è condannato nelle spese a favor del reo, che resta assoluto dalla domanda dell'attore, ma a questi non è vietato dopo la scadenza il ripigliar la sua dimanda; negli altri capi in cui siasi chiesto oltre il dovere, il reo può offrire all'attore quanto gli ritiene dovuto, che se ciò non è accettato dall'attore, questi può essere condannato nelle spese dal Giudice: egli è perciò che l'attore il quale fosse incerto sulla vera quantità a sè dovuta, agisce cautamente ponendo nel suo libello, come vedremo, la clausola *salvo il più, o il meno.* Se poi l'attore chiedesse meno del suo avere, niente si pregiudica §. *si minus. Inst. loc. cit.*, infatti se il me-

desimo nel progresso del giudizio, o espressamente chiede il supplemento del suo credito, o ne fa costare colle prove, può il Giudice accordargli il suo intero avere; che se in buona fede una cosa per l'altra erroneamente chiedesse *nihil eum periclitari placet* dice Giustiniano nel §. 35. *Instit. loc. cit.* e può correggere *in eodem judicio* il suo errore: nè a ciò osta la legge 23. *ff. de judiciis.* in cui si dice che non può intendersi caduto in giudizio ciò che è successo dopo la contestazione, e che in tal caso è necessario un nuovo libello, poichè essa legge parla di un debito non iscaduto prima della contestazione della lite, e quì si tratta di cosa già dal reo dovuta prima dell'incoato giudizio, invece della quale altra era stata per errore richiesta.

Nessuno può esser costretto ad agire in giudizio, *Leg.* 1. *Cod. ut nemo invitus ecc*: questa regola è una conseguenza del principio di gius che ciascuno può rinunziare a quel diritto che la legge particolarmente gli accorda, però soffre alcune limitazioni.

In primo luogo a norma della legge *cum inter plures* §. *messem ff. locati,* quando l'azione spetta ad uno, e la utilità che da questa è per derivare, appartenga ad un altro, costui allora può costringer quello ad intentar in giudizio l'azione che ad esso compete; supponiamo, per dar un esempio, che sia stata tagliata sul campo di uno, lavorato a colonía parziaria da un altro, della messe matura, il colono può costringere il padrone del fondo ad intentar la rivendicatoria che esso non potrebbe esercitare, onde poi conseguire la sua quota delle medesime messi.

In secondo luogo chi intraprese un giudizio e poi lo abbandonò, ovvero non lo proseguì, può dal reo convenuto costringersi o a rinunziare espressamente al giudizio, od a proseguirlo sino al fine

nel termine che gli assegnerà il Giudice, colla comminatoria che gli verrà imposto perpetuo silenzio *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 12. §. 5.

In terzo luogo chi pel proprio credito contro qualcuno ha sigurtà solidale a proprio favore, nel caso che si apra il concorso ai beni del debitore, può costringere la sigurtà ad assumere il giudizio a tutto di lei carico e pericolo, sotto pena di sottostare ai danni ed agl' interessi *Cod. Est. lib.* 1. *tit.* 15. §. 6.

Il quarto finalmente è nella legge *Diffamari Cod. de Ingen. et manum.*, e nell' altra *si contendat ff. de fidejus.* Chiunque milanti diritti contro una persona, o i beni di quella, può esser citato nanti il Giudice per sentirsi assegnare un termine a provare in giudizio le vantate ragioni, sotto pena del perpetuo silenzio: chiamasi diffamante il citato, diffamato il citante, e la causa dicesi giudizio di diffamazione, che si appoggia alla suddetta legge *Diffamari*, la quale vieta che si diffami lo stato degl' Ingenui, *Diffamari statum ingenuorum seu errore, seu malignitate periniquum est.* Questa è stata estesa a favorire chiunque soffra milanterie da altri o nelle persone o nei beni, e ciò per identità di ragione. Il diffamante benchè sia citato al giudizio del diffamato è attore, e questi, benchè sia il primo a chiamar l' altro in giudizio, è reo convenuto, segnatamente poi quando possiede la cosa su cui cadono le diffamazioni. Il rimedio della legge *si contendat* fu trovato a solo vantaggio della sicurtà, ma dalla giurisprudenza forense fu per parità di diritto esteso a chiunque: *Si contendat fidejussor caeteros solvendo: esse etiam exceptionem ei dandum si non et illi solvendo sint.* Col favore di questa legge si presenta in giudizio quegli che soffre jattanze, e producendo le sue eccezioni, delle quali la prova potrebbe col tempo

debilitarsi e venir meno, cita il diffamante a contraddire tali eccezioni, sotto comminatoria del perpetuo silenzio. La somma equità di queste leggi si manifesta al solo riflettere, che l'uomo per legge naturale ha diritto di non esser leso da alcuno nella propria fama, e nei proprj beni, *noli laedere alterius jura perfecta*, ed è ben certo che nell' umano commercio diminuisce nel prezzo naturale quel fondo, contro cui altri nel volgo milanta diritti.

È più proficuo il rimedio della legge *si contendat* che l' altro della legge *diffamari*, perchè chi intenta l' azione della legge *si contendat* non ha d' uopo provare le jattanze precedenti: neppure è caricato della prova del possesso della cosa diffamata: il diffamante è tenuto a risponder subito alle eccezioni del diffamato: si ammette da tutti che questi abbia il diritto di prevenzione, cioè di poter provocare il diffamante nanti il proprio Giudice; ed all' incontro chi agisce in forza della legge *diffamari* deve possedere la cosa su cui cadono le jattanze per intentare utilmente il giudizio, o almeno poi per avere il gius di prevenzione secondo l' opinare di *Covarruvias Variar. Resol. cap.* 18. *di Capyc. Latro consult.* 114. *di Paolo de Castro, di Alexander. ecc.* il che però non è comunemente abbracciato: non si da l' azione *ex lege diffamari* se prima non sieno provate le milanterie: finalmente in questo ultimo giudizio si accorda un termine a fare le prove al diffamante. In vista di ciò i pratici insegnano di accumulare insieme questi due rimedj, *Covar. loc. cit.* Così se, a cagione di esempio, sento che Tizio vanta diritti di servitù, od altro sul mio fondo, esposta al Giudice a me competente simile milanteria, imploro il benefizio delle due leggi suddette *Diffamari, Si contendat*, e chieggo sia citato il

milantatore Tizio a provare, nel termine che gli verrà dal regolato arbitrio del Giudice assegnato, le vantate ragioni o i pretesi diritti sul mio fondo, sotto la comminatoria del perpetuo silenzio, nel caso che nello assegnato termine non riesca a provare la propria intenzione.

Questo giudizio di diffamazione ha luogo sì nelle cause civili che nelle criminali, tanto nelle azioni reali che nelle personali, ed in fine egualmente nel giudizio petitorio che possessorio *Leg. Titia ff. de accusat. leg. si ea Cod. de his qui accusare non possunt. Gabriel. de action. conclus.* 6. *Boer. decis.* 255. Questo giudizio di diffamazione è sussidiario e straordinario, per ciò non ha luogo quando il diffamante avesse incoato il giudizio ordinario nanti il Giudice competente al diffamato sulle sue pretese.

Avvi ancora una diffamazione che dicesi reale, ed ha luogo quando taluno, non verbalmente, ma con fatti turba il vicino o per la costruzione di un nuovo edifizio, o per qualunque altro lavoro allo stesso vicino nocevole. Ad impedire siffatta reale turbazione, questi si presenta in giudizio, e denunciata la nuova opera, ottiene la spedizione del precetto contro il nunciato di non più oltre edificare: questi come diffamator reale sostiene così in certo modo le parti di attore, ed il nunciante quelle di reo in quanto che si difende dalla reale turbativa, per ciò il giudizio di denuncia di nuove opere si annovera fra i giudizj di prevenzione, ma più diffusamente ne parleremo all' apposito titolo.

Disputasi fra i Dottori però se il nunciante debbasi sempre avere per reo, e per attore il nunciato: imperocchè molti riferiti da Salgado *de Protec. Reg. p.* 2. *cap.* 8. affermano che il nunciante come attore, deve adire il Giudice del nunciato, e d' altronde la *Rota Rom. coram S. Felice*

decis. 379. sembra il contrario stabilire: ma questi due opposti pareri possono facilmente conciliarsi con la distinzione, o il nunciante vuole impedire un lavoro non anche intrapreso e dicesi reo, e la causa non viene instaurata nanti il Giudice del nunciato, ma bensì nanti quello del nunciante: viceversa se viene ad impugnare un opera già cominciata, od eseguita, allora è attore e deve il nunciante procedere davanti il Giudice che al nunciato è competente, *Bart. in leg. de Pupillo* §. *omnis et fin. ff. de novi oper. nunciat.* Ciò pure dalle succitate decisioni si raccoglie. Alle suddette due leggi è affine l'altra *Aurelius ff. de liberatione legata* §. *centum.* Veggansi pure le *Leggi duo patroni in princip. ff. de jurejurando, e leg.* 3. *ff. qui bonis cedere possint:* il Bartolo nella *leg. si finita* §. *eleganter ff. de damno infecto:* il Contardo in *leg. diffamari:* il Covarruvias *loc. cit. cap.* 18. *num.* 3. il de Luca *de Judiciis disc.* 16. *num.* 12. Se il diffamante, dietro la prima citazione, intraprende regolare giudizio contro il diffamato sulle vantate pretese, cessa quello di diffamazione.

Finalmente è d'avvertirsi che se l'attore, citato il reo, si rendesse contumace a comparire, resterebbe senza effetto e come non avvenuta la citazione, nè potrebbe nuovamente provocare il reo se non rifatte prima al medesimo le spese, e che in generale quando si fosse in grave dubbio, più facilmente si giudica contro l'attore che contro il reo, locchè più diffusamente osserveremo parlando nel titolo seguente delle differenze che passano fra l'attore ed il reo, *Peregrin. prax. Vicar. part.* 2. *sect.* 1. *subsec.* 14. *num.* 21. *de Luca de credit. disc.* 160. *num.* 7.

TITOLO III.

DEL REO E FORO COMPETENTE.

L'etimologia della parola Reo, terza ed ultima persona essenziale al giudizio *Leg. forus de verb. signif.* viene *a re quae petitur*. Infatti dicesi tale in giudizio civile, quegli cui si chiede l'adempimento o la prestazione di qualche fatto, o cosa, ed in criminale colui che si ritiene colpevole di qualche delitto, onde verificato il medesimo, subisca la relativa pena.

Il reo altro è necessario, altro volontario, il primo è quegli che se citato non si presenta è condannato a favore dell'attore, e quindi necessariamente deve comparire per difendersi colle sue eccezioni; il secondo è quegli che viene a prender parte in un giudizio da altri incoato, e ciò volontariamente per servire al proprio interesse. Veggasi il titolo seguente. Passa fra questi due la differenza, che il volontario non è ammesso in giudizio, se non giustifica avere legittima veste, e persona per comparirvi, nel mentre che l'altro, tosto che viene citato, è già riconosciuto come giuridica persona da stare in giudizio. Generalmente nessuno può essere citato in giudizio se non ha la libera amministrazione de' proprj beni, e solo pel debito proprio, sia questo procedente da obbligazione, o da delitto, ma non mai pel debito altrui, così nè il Padre pel figlio, nè questi per quello, nè la moglie pel marito, e viceversa possono essere convenuti: oltre tale regola procedente dalla ragione naturale, che ci addita doversi le azioni morali unicamente imputare alla loro causa, abbiamo gli appositi titoli nel codice Giustinianeo e la Novella *Sancimus* 52. *al Cap.* 1. che stabiliscono sì fatta

massima; che se talora vediamo citato il padre pel figlio, ciò accade perchè esso o espressamente, o tacitamente ha approvato o reso suo il fatto del figlio.

A norma delle legg. 2, e seguenti del titolo *De in jus vocando*, molte persone non potevano una volta, come rei, essere citati al giudizio civile: tali erano i Magistrati *imperium habentes*, come i Consoli, Prefetti, Pretori, Proconsoli: questi in via criminale soltanto potevano essere citati, *L. Jubemus* 4. *Cod. ad Legem Juliam repet:* pendente la magistratura, *Novella* 86. *si tamen Cap.* 4. in via civile poi, qualora solo fosse finito il loro officio. Diversamente camminava la cosa, trattandosi di magistrati minori *qui sine imperio, aut potestate sunt L.* 32. *ex minoribus ff. de injuriis:* questi potevano essere rei convenuti. Oggi presso noi non vi ha carica, che esima dall' essere convenuto in giudizio: gli Stabilimenti pubblici, e la stessa Camera Reale possono essere civilmente provocati. È proibito chiamarsi in giudizio i famigliari intenti a fare le esequie e funerali ceremonie al loro parente defunto per lo spazio di nove giorni dalla seguita morte, *qui funus familiare ducunt leg.* 2. *ff. de in jus vocando.* Per tali persone s' intendono quelle, che secondo la *L.* 191. *de jure proprio* §. 2. *ff. de verb. signif.* vengono sotto il nome di famiglia, e sono tutti coloro che soggiacciono o per natura, o per diritto al potere di qualcuno; tali sono le Madri, i Figli, i Nepoti, i Domestici, *Auth. sed neque Cod. de sepul. violato.* La legge 4. *Lis ff. de judiciis* proibisce ai figli di chiamare in giudizio coloro sotto la cui patria podestà vivono, fuori del caso, in cui si trattasse di peculio Castrense, *Lis nulla potest esse cum eo, quorum in potestate habemus, nisi ex Castrensi peculio.* I figli poi, che non sono sotto

la patria potestà possono citare il Padre loro, *petita prius venia* dal Pretore, cioè implorato il permesso del Giudice, il quale prima osservar deve se salvo il rispetto al Padre dovuto, possa esser citato *L. honor.* 2. *ff. de obsequiis parent.* Nei nostri Tribunali il libello di un figlio contro il padre, e quelle persone, cui devesi riverenza e rispetto, *L. generaliter* 13. *ff. eod.* portar dee la clausola *petita prius venia.* Il figlio adottivo può citare in giudizio senza alcun previo permesso il padre del di lui padre adottivo; questi infatti non è nè agnato, nè cognato del figlio adottivo, *Leg.* 7. *ff. de in jus vocando.* Non potevano chiamarsi in giudizio i Patroni dai Liberti sotto pena di trenta scudi d'oro, *Leg.* 8. *ff. eod.* ma ciò non è più in uso.

Non potevano, e non possono chiamarsi in giudizio i pupilli, gl'infanti, i furiosi, i mentecatti, gli interdetti, *Leg. quique* 4. *ff. de in jus vocando*, come neppure i minori, ma devono fare ad essi loro destinare i Tutori, e Curatori rispettivamente, contro i quali poi dirigesi l'azione se si trattasse però di minori, che avessero dal Principe riportata la venia dell'età, potrebbero essere citati in giudizio, eccettuato il caso, in cui si trattasse di cose immobili, *Leg. si actor* 10. *Cod. de appellat.* giacchè in questo caso si dovrebbe ai medesimi deputare un Curatore.

Molte sono le differenze, che passano fra l'attore e il reo: vediamo le principali: 1. l'attore non può cumulare nel suo libello azioni contrarie, e fra loro ripugnanti, altrimenti ad ogni istanza del reo debbonsi restringere ad una: viceversa il reo convenuto produce quante eccezioni vuole, benchè fra loro opposte, *L. cum filius* 76. §. *penult. ff. de Legat. Instit.* §. *qui autem.* 16. *de excusat. Tut.* 2. l'attore deve provare concludente-

mente la propria intenzione, altrimenti il reo si assolve, *non probante actore reus absolvitur*, e perciò si dice, che il reo vince fuggendo: provata però che siasi dall'attore la propria intenzione, il reo stesso nelle sue eccezioni diventa attore, e deve provarle. Veggansi i titoli del libello, e delle prove in genere: 3. l'attore, secondo la pratica del gius comune, è tenuto a dar la cauzione *de judicio sisti et judicatum solvendo*: presso noi però il solo attore forestiero, a richiesta del reo di questi Stati, in qualsiasi parte del giudizio fatta, deve dare questa cauzione, la quale è sempre solidale, estensibile al caso di riconvenzione, e tanto in primo, che in ulteriore giudizio; come però ingiusto sarebbe il precludere affatto la via di sperimentare in giudizio i proprj diritti a quell'attore, che, povero, non potesse rinvenire tale cauzione, così in questo caso, purchè dia qualche fumo di buona ragione contro il reo, si ammette alla cauzione semplicemente giuratoria *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 5. §. 4. *e leg.* 28 *Maggio* 1819. Sono pure esenti dall'onere di questa cauzione i Sudditi del Regno di Sardegna, e Piemonte per convenzione reciproca, che altrove accenneremo, in forza di cui quei popoli per questo oggetto sono qui considerati come Estensi, e viceversa gli Estensi colà come Sardi. 4. Rispetto all'attore dicesi introdotta la lite colla sola produzione del libello, e in quanto al reo non si dice incoata la lite, se non qualora sia stata debitamente eseguita la citazione, quand' anche il reo stragiudizialmente ne avesse avuta notizia, o fosse stata, ma illegalmente, eseguita la citazione. 5. In pari stato di cose, ossia in dubbio, si deve sempre giudicare a favore del reo, anzichè dell'attore *Leg. favorabiliores* 125. *ff. de Regul. juris;* 6. All'attore non si accordano dilazioni, se non difficilmente, giacchè come dicono i

forensi, deve presentarsi in giudizio preparato; non così rapporto al reo, che tante volte è chiamato all'improvviso dall'attore. 7. L'attore deve seguire il foro del reo, e se questi può citarsi in più fori, l' attore sceglie quello che più gli aggrada, ma sempre fra quelli che sono al reo competenti. Ciò per altro ha luogo per cominciare un Giudizio, giacchè se il reo citato cambia domicilio, non si cambia foro, *ubi semel acceptum est judicium, ibi finire debet Leg. ult. ff. de judic.*; che se l' attore deve citare più rei che siano a diversi fori soggetti, anche in questo caso ha la scelta del foro, e può tutti citarli ad un foro solo, purchè sia ad uno di essi competente, *de Luca de judiciis disc.* 2. *num.* 11.

Foro competente dicesi il Tribunale, ove amministra giustizia quel Giudice, alla cui giurisdizione è soggetta la persona, di cui si tratta. Isidoro lo definisce *exercendarum litium locus*: dicesi *Forus* a *fando* secondo il medesimo, oppure a *Foroneo*, il primo che diede leggi ai Greci: molte cause rendono competente un Giudice, o Tribunale, e da queste cause nascono diverse distinzioni di Foro: foro di domicilio, di origine, di contratto, di delitto, di continenza di causa, di situazione di cosa, di prorogata giurisdizione, di prevenzione, di privilegio. Di tutto ciò a voi già noto, non farò che richiamarne la memoria.

Foro di domicilio, o d'incolato è quello, come dice il Giureconsulto Alfeno *ubi quisque sedes, et tabulas habet, suarumque rerum constitutionem fecit*, veggasi la *L. Cives* 7. *Cod. de incolis ec.* Perchè uno sia soggetto a questo foro due cose copulativamente debbono concorrere, fatto, e volontà: fatto, cioè che la persona abiti realmente nel territorio, ove il Giudice ha giurisdizione; volontà, vale a dire che ciò esso faccia con animo, ed in-

tenzione di fissare ivi il suo domicilio stabile, e non provvisorio: se questa volontà è espressa, non v'ha dubbio, che col solo trasferirsi in un luogo non vi si contragga domicilio; ma quando questa volontà soltanto è tacita si ricorre alle congetture per dedurla. L'abitazione decennale basta a far presumere l'animo di contrarre domicilio, ma minor tempo ancora può bastare a prudente arbitrio del Giudice, quando altre vi concorrano congetture, e circostanze, *Leg.* 2. *Cod. de jurisdict. leg.* 3. *Cod. de incolis.* con queste leggi combina il Patrio Codice *al Lib.* 2. *tit.* 8. §. 78., purchè l'abitazione per un decennio non sia semplicemente occasionale; così gli scolari non contraggono domicilio nel luogo dell'Università ove per causa di studj dimorano. La sola origine non basta a contrar domicilio, come non basterebbe la volontà disgiunta dal fatto, e viceversa. Se uno dimora in due territorj per un ugual tempo dell' anno avendovi uguali interessi, ha due domicilii, *Leg. viris* 6. *ff. ad municipalem;* perciò può citarsi dall' attore a sua scelta in amendue i fori, *Leg. ult. Cod. de jurisdictione omnium judicum* ivi *Brunemanno*, *Covarruvias variar. resol. lib.* 1. *cap.* 18. Il domicilio altro può essere volontario, quando la scelta di quello dipende dall'arbitrio, altro necessario, quando dipende dalla necessità: tale è quello del relegato nel luogo della relegazione; esso però può ritenere quello ancora da cui viene allontanato, in quanto che abbia intenzione di ritornare al primiero domicilio, cessato che sia il tempo della relegazione, *Leg. filii* 22. §. *relegatus*, *leg. jus qui* §. *ult. ff. ad municip.* Così il soldato, se nulla in patria possiede, ha il foro di domicilio necessario nel luogo di sua stazione, *Leg. Municip.* 23. *ff. eod.* Lo stesso si dice del luogo ove taluno è venuto a coprire un impiego: esso però il nuovo

domicilio acquista, senza perdere l' antico, *Leg. penult. ff. de sen.* Il domicilio altro dicesi *proprio*, altro *improprio*: il primo è il luogo ove uno abita coll' animo di avere ivi la perpetua sua dimora, *Leg. Pupillus* 239. §. *incol. ff. de verbor. signific.* l' altro si verifica in quella città, in quel castello, o in quella villa, in cui si abita precariamente, o per causa di studj, di milizia, di mercatura ecc., coll' animo di partirne, cessata che sia la causa, per cui ivi si venne a vivere. Benchè per altro coloro, che hanno domicilio improprio ritengano il loro primario, pure secondo le odierne costumanze, possono citarsi nel foro ancora della loro dimora, *Voet de Judiciis* §. 98. La sposa che in molti casi viene dal diritto considerata come moglie, non segue però il domicilio dello sposo, ma ritiene il proprio, *Leg. ea quae desponsa* 32. *ff. ad munic.* La moglie, ha lo stesso domicilio del marito, *Leg.* 9. *Mulier Cod. de incolis:* perciò se questi cambia domicilio si ritiene cambiato anche per quella, onde il marito relegato potrebbe sempre costringer la moglie a seguirlo, niente essendovi più consentaneo all' umanità, che la moglie indivisibile compagna del consorte, come dice Ulpiano nella *Leg. si cum dotem* 22. §. *si maritus* 7. *ff. solut. matrim.*, sia a parte di tutte le vicende, cui la sorte il marito assoggetta: locchè si verifica anche nel caso, in cui la mutazione del domicilio aumentasse i diritti dell' uomo sulla donna, a meno che nei patti dotali a ciò non fosse espressamente a favor della moglie provveduto, mentre come il patto dotale che non possa il marito cambiar domicilio è nullo, ben può la donna garantirsi ne' patti nuziali dalle conseguenze ad essa dannose di questo cambiamento. La vedova segue il foro del marito defunto, finchè non passi a seconde nozze *Leg filii* 22. §. *Vidua ff. eod.*, o finchè spontaneamente non ne abbandoni il domicilio.

I figli legittimi, e naturali ordinariamente seguono il domicilio del padre; ma se questi lo cambia non sempre deve dirsi, che mutato lo abbiano i figli ancora. Questi se sono maggiorenni possono cambiar il domicilio, che hanno col padre comune, o ritenerlo a loro piacere, quand'anche volesse il padre mutarlo *Leg. placet* 3. *ad municip. Leg. adsumptio loc. cit.*; se poi sono minori cambiano domicilio ogni qual volta il padre e la madre al novello domicilio li traducano.

I figli bastardi seguono il domicilio della madre: come i liberti romani avevano comune il domicilio coi loro patroni, così i servi nostri, benchè non siano perpetuamente addetti alle nostre famiglie, pure si ritengono domiciliati presso il loro attuale padrone, giacchè questi non molto sono distanti da quelli, come si ha dalla *Leg. adsumptio* suddetta. D'altronde un servo, che abbandoni il proprio domicilio per recarsi a servire non si ritiene che abbia l'animo di ritornare al luogo di sua origine, ma bensì di fermarsi nel domicilio dello scelto padrone.

L'erede ritiene il proprio domicilio, e non può convenirsi in quello che fu proprio all'autore di esso, eccettuato il caso di lite pendente col defunto, la quale deve decidersi ove fu incoata, *Leg. haeres* 19. *ff. de judiciis*. La scelta del domicilio si ascrive alle cose personali che cessano al cessar della persona: l'avere o cambiar domicilio dipende dalla volontà dell'uomo; mancata questa colla morte, vien meno il domicilio ancora che da quella dipendeva. La petizione di eredità perciò deve instituirsi ove esistono le cose ereditarie al tempo della morte come abbiamo dall'intero titolo del *Cod. ubi de haered. agi oportet*, a meno che non fossero state altrove trasportate all'oggetto che ivi perpetuamente rimanessero, *Leg.* 35. §. 3. *ff. de haered. instit.*

Foro di contratto è quello ove si celebra, si perfeziona un contratto senza far parola della esecuzione di esso: che se ivi sarà disegnato il sito ove dovrà eseguirsi, il sito stesso sarà foro di contratto, *Leg.* 1. 23. *ff. de rebus aucth. Judic. possid.* In questo foro di contratto convenuto il reo, deve difendersi, quando ivi si trovi o vi abbia beni, sui quali nella di lui assenza possa cadere l' esecuzione, *Leg. haeres* 19. *e* 20. *leg. de eo autem, leg. argentarium* 45. §. 1. *ff. de judiciis.* Per veder poi quando si dice celebrata o perfetta una convenzione, bisogna aver riguardo alla natura del contratto. Nei contratti consensuali perfezionati a mezzo di lettere si ritiene luogo del contratto quello, in cui sonosi ricevute tali lettere: infatti il solo consenso di entrambe le parti rende perfetto il contratto; il luogo adunque in cui si ricevono le lettere è quello in cui si congiunge il consenso delle parti, come se ambidue fossero presenti; perciò rettamente quello dicesi luogo del contratto: nello stesso modo il socio che rinunzia per lettere alla società, non è sciolto dalla medesima se non al punto, in cui è stata ricevuta la di lui lettera diffidatoria, *Leg. sed et socius* 17. *ff. pro socio*: per l' istessa ragione la lettera scritta da uno, che siasi ricevuta dopo la morte dello scrivente non obbliga nè quello che la riceve, nè gli eredi del defunto, mentre la morte dello scrivente impedisce che nel punto in cui si riceve la lettera possa aversi il consenso di entrambi, *Berlich. decis.* 37. *n.* 4: se poi il consenso fu dato definitivamente in un luogo, ed in altro fu in iscritto ridotta la convenzione, quello, e non questo è il luogo del contratto, poichè il consenso non già la scrittura obbliga le Parti contraenti, *Leg. non figura* 38. *ff. de obbligat. et act.* Essa sola si redige per aver prova del seguito contratto, a

meno che le parti non avessero espressamente convenuto che la perfezione del loro contratto dipender dovesse dallo stipulato istrumento. *Instit. de empt. Leg. contractus Cod. de fide instrum.* Foro di contratto poi sarà quello in cui è seguita la consegna delle cose quando si tratta di convenzioni reali, che solo colla tradizione si rendono perfette. Ma se un forestiere che si reca in un luogo per subito partirne senza ivi avere nè bottega, casa, negozio, banchetto ecc. ivi contrae; per vedere se può citarsi, bisogna osservare se l'altro contraente gli fece credito; o nò: in caso affermativo non lo può in tal luogo convenire, *Leg. numquid* 19. §. 2. *ff. de judiciis*, se al contrario contrattò, come suol dirsi, a contanti, e vuol subito esser pagato, può col rimedio dalla costumanza introdotto, cioè coll'arresto, costringerlo o a pagare, o dar cauzione.

I tutori, curatori, amministratori, gestori di affari possono convenire nel luogo della seguita amministrazione *Leg.* 19. §. 1. *ff. eod.* anzi secondo la legge patria devono ivi citarsi pel rispettivo reso conto.

I Legati pei debiti contratti prima della loro legazione non possono convenirsi nel luogo di loro residenza, ma bensì per quelli che ivi avessero in tempo della loro missione contratti *Leg. siquis* 8. *leg. non alias* 24. *ff. de judiciis*. La restituzione della dote si chiede nel luogo del domicilio del marito *Leg. exigere ff. eod.* e chi l'indebito pagò, *quaelibet loco repetet* dice la *leg. qui loco ff. de condic. Indeb.*

Foro di origine ritiensi quel luogo, in cui uno è nato, o dove nascer doveva, se un puro accidente non avesse fatto sì che altrove fosse sortito alla luce, *Leg. filios* 3. *Cod. de municipibus*, *leg. incola* 29. *ff. ad municipalem*. Così se una

donna maritata con uno domiciliato nel modonese partorisce viaggiando in qualche luogo straniero, il foro d'origine del figlio dato in luce è Modena. Il figlio legittimo e naturale segue l'origine e la condizione del padre, e non della madre, a meno che l'origine materna non fosse munita di qualche privilegio: il bastardo segue l'origine materna. I figli adottati, ritenuto l'originario loro domicilio per finzione di legge, altro ne acquistano nel luogo di origine del loro adottante finchè dura l'adozione. È diverso il foro d'origine da quello di domicilio in ciò, che il primo non si può mai cambiare, come si muta il secondo; quello è unico, questo può essere multiplice, uno può essere senza foro di domicilio, come sono i vagabondi, ma niuno può mancare del foro d'origine: egli è perciò che non costando se uno abbia e dove il domicilio, si conviene nel foro di origine, perchè ivi si presume sia domiciliato finchè contrarie ne risultino le prove. Ciò si argomenta dalla *Leg. filios* 3. *Cod. de Munic. Mascard. de probat. conclus:* 535. La ragione si è che ritenendosi esser domiciliato il figlio ove lo è il padre, se quegli ciò nega deve provarlo. Oggi però in pratica se il reo da convenirsi non è nel luogo di sua origine ivi non può convenirsi, eccetto il caso di lesa Maestà, *Voet ad Pandect. lib.* 5. *tit.* 1. §. 91.

Foro del delitto è quello in cui uno si rese delinquente: nelle cause criminali, a guisa del foro di domicilio nelle civili, è il principale, ed il Giudice di questo ha giurisdizione prelativa sopra d'ogni altro per la punizione del delinquente, e ciò per più ragioni; niun Giudice meglio di questi può conoscere le leggi locali a norma delle quali devesi sempre punire il reo: in nessun altro luogo, fuori di quello del commesso delitto, si-

possono meglio raccorre le prove in genere, ed in ispecie del medesimo; ed in fine il salutar timore della pena più che altrove è necessario si spanda in quel luogo dove si vide il delitto, *Brunem. ad leg.* 6. *de judiciis.*

Foro della continenza di causa è quello ove possono essere citati alcuni, che d' altronde non vi sarebbero soggetti, e ciò perchè non si scinda la continenza, cioè la connessione delle cause: è la *Leg. Nulli* 4. *Cod. de judiciis,* che proibisce l'agitarsi nanti più Giudici una causa, la quale può con maggior comodo, e convenienza da un solo terminarsi; *Nulli prorsus audientia praebeatur qui causae continentiam scindere vellit;* per questa ragione più eredi nel giudicio *familiae erciscundae* più socii nell' azione *comuni dividendo;* più confinanti in quella *finium regundorum,* più contutori, legatarii, o coeredi, benchè a diversi Giudici soggetti, devono adire quell'unico foro, in cui fu da principio radicata la causa dell' attore, benchè per avventura a taluno di essi non fosse competente. Ove si agitò la causa del possesso ivi definir si deve quella della proprietà, mentre le leggi suppongono, che il Giudice studiando la causa del possesso siasi reso più atto a conoscere, e decidere quella ancora, che la proprietà riguarda: ove l' azione *ad exibendum* ivi la rivendicatoria.

Finalmente aperto che siasi lo stato ad un fallito debitore, tutti i creditori del medesimo, benchè non siano soggetti al luogo ove si agita il giudizio universale di concorso e prelazione, benchè i beni del medesimo debitore siano in più luoghi situati e dispersi, tutti sono astretti a comparire nel detto giudizio, veggasi il *Voet ad Pandect. tit. qui potiores in pignore,* ed il titolo del digesto *De quibus causis ad eundem judicem eatur.*

È regola stabilita dalla *Leg. 3. sed et in locis Cod. ubi in rem actio exerceri debet*, che l'attore possa con azione reale convenire il reo nanti quel Giudice nella cui giurisdizione è situata la cosa litigiosa, benchè ivi il reo non sia domiciliato, tanto se si tratta del possesso che della proprietà, sì qualora s' intenti una particolare rivendicazione, oppure una azione universale di petizione di eredità, tanto se la cosa è mobile, quanto se immobile o semovente, giacchè la legge suddetta, dice in generale *res propter quas contenditur. Leg. non alias* 24. §. *ult.*, *leg. quod legatur ff. de judiciis.* Siccome poi in queste azioni si ha più riguardo alle cose, che alla persona del reo, così non importa, che il reo da citarsi sia in questo luogo che dicesi *foro rei sitae*, oppure altrove, giacchè se non viene a difender la cosa, che forma il soggetto della lite, questa si aggiudica all'attore. Se poi nell' azione reale possa l'attore scegliere il foro del domicilio del reo, oppure l'altro *rei sitae* fu controverso. Il Donello ne' suoi commentarj al *lib.* 17. *cap.* 17. tenne, che non si potesse declinare dal foro *rei sitae*. Il Menochio, il Vinnio, il Brunemanno nella *leg.* 3. *ubi in rem actio* accordarono fra questi due fori all'attore la scelta. Può questa questione esser tolta di mezzo col distinguere la petizione di cose mobili, da quella delle immobili. Se l'azione si dirige contro quelle trionfa l' opinione degli ultimi, e l' attore ha la scelta del foro il §. 2., e 3. della istituzione al *tit. de offic. jud. leg. si res mobilis leg.* 10. 11. 12. *ff. de rei vindic.* non lasciano dubbio sù ciò: all' opposto è da abbracciarsi la sentenza del Donello quando si tratti di cose immobili. Queste diffatti a differenza delle mobili non sono a piacer degli uomini trasportabili da un luogo all' altro; così non potendosi le immobili che restituire nel luogo

ove sono, il Giudice di questo luogo, e non altri deve sulle medesime giudicare *Leg. restituere* 68. *ff. de reivind.*; infatti contumace essendo il reo a restituire la cosa immobile, come potrebbe il Giudice usare della forza per costringerlo, qualora il fondo fosse situato nel luogo del domicilio del reo, e così fuori di sua giurisdizione? nè si opponga che la petizione della eredità, benchè azione reale, possa dirigersi anche al Giudice del domicilio del reo, poichè si risponderebbe che questa azione non è meramente personale, come vedrassi a suo luogo, ma bensì di mista natura, cioè personale e reale; veggasi il *Voet ad Pand. de judiciis*, ove sviluppa ottimamente questo dubbio: *De Luca de Jurisd. disc.* 75.

Poco vi ha a dirsi sul foro di prevenzione. Se più Giudici possono egualmente essere a più persone, ed in più cause competenti, quegli che il primo fu adito e primo occupò la giurisdizione vince gli altri, diventa il solo competente, ed il suo foro dicesi così *foro di prevenzione*. Nei giudizii duplici di cui sopra, ne' quali ogni litigante può indistintamente fungere le parti di attore e reo, ottiene il foro di prevenzione quegli che il primo cita gli altri, o se anche qualcuno di questi non fosse soggetto al Giudice adito, non può opporre la declinatoria del foro: così fra più Giudici competenti a socj, eredi, confinanti di diversa giurisdizione, quello è il solo competente a tutti e per titolo di prevenzione, nanti cui fu da prima instaurato il giudizio di divisione. Veggasi quanto si disse sulla diffamazione, ed il *De Luca de jurisdictione*.

Foro di prorogata giurisdizione diciamo esser quello, in cui giudica chi non avendo in certi casi facoltà di conoscere e definire un punto controverso, l'acquista per fatto dell'uomo, o per

disposizione della legge. La prorogazione per fatto dell'uomo altro non è che un estendere, un ampliar la giurisdizione ordinaria di un Giudice a persone, cause o luoghi, per cui questi non sarebbe stato competente senza il consenso tacito od espresso delle parti litiganti. Poggia questa prorogazione nella *Leg. si se subjiciant ff. de judiciis.* Siccome non si può estendere ciò che non esiste, così il primo requisito della prorogazione si è, che il Giudice che si vuol render con essa competente sia in realtà di giurisdizione fornito. Secondo requisito si è il consenso delle parti litiganti *Leg. 2. ff. eod. Leg. 1. non quidem cod. de Jurisd. omnium Jud.* Non importa però quello del Giudice, cui si vuole estendere la giurisdizione, *Leg. consensisse §. 1. proinde ff. de Judic.*, come neppure il consenso si esige di quello, nanti cui il reo si avrebbe dovuto convenire, se non avesse avuto luogo la prorogazione, a meno che non si trattasse di privilegio, o di diritto accordato non alle parti, ma ad un certo superiore Tribunale, mentre il diritto di questo in tal caso non potrebbe essere pregiudicato dal fatto dei litiganti, *Vinnio de Jurisd. Cap. 10.*

Questo consenso delle parti può essere tacito ed espresso, perchè possono esse o pattuire di far decidere il loro punto nanti un tal Giudice, ovvero tacitamente adire insieme quel Tribunale, che d'altronde loro non sarebbe competente, il che per esempio succederebbe se più eredi o socj modonesi si presentassero nanti il Tribnnale di Reggio per eseguire colà la loro divisione. Se adunque le parti per errore credessero di adire un Tribunale competente, e non lo fosse, non si avrebbe la prorogazione per la ragione, che non acconsente chi erra, lo dice espressamente anche la legge 2. suddetta; *error enim litigatorum non*

habet consensum. L'eccezione di questo errore, quando il caso sia tale che ammetta prorogazione, cessa, nè si potrebbe opporre dopo la contestazione della lite in forza del quasi contratto che da questa nasce, *Cod. Est. lib.* 1. *tit.* 4. §. 4. come osserveremo al titolo relativo.

Quando le parti hanno espressamente convenuto di prorogare la giurisdizione, non può nascere dubbio circa la loro uniforme volontà. La cosa cammina diversamente quando questo consenso sòlo dai fatti risulta, ed è quindi tacito. Rapporto all'attore è certo secondo il gius comune, che se egli adisce un Giudice non suo colla prodotta del libello intimato al reo si proroga la giurisdizione, nè più ha luogo penitenza *Cujaccio* alla *Leg.* 4. *Cod. de in jus vocando: Voet ad Pandect. Lib.* 2. *tit.* 1.; a norma però del diritto Estense può l'attore variare foro sino alla contestazione della lite: *non potrà l' attore variar Tribunale sempre che in uno avrà incominciato il giudicio, e sarà stata contestata la lite,* così il *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 4. §. 4. Non così qualunque atto del reo eseguito nanti un Giudice non suo basta a dimostrare il di lui consenso di prorogarne la giurisdizione, richiedendosi a ciò quegli atti che tendono a contestar lite; il perchè se il reo chiede edizione dei recapiti cui poggia l'attore la propria pretesa, o chiede dichiarazione del libello, ovvero se dopo un sofferto sequestro presta cauzione, non per questo può dirsi aver acconsentito in quel Giudice; infatti la edizione dei recapiti, la dichiarazione del libello può esser tendente ad instruirsi sulla dimanda dell'attore per decider poi se abbia a cedere, o contendere, e la cauzione può essere data per liberarsi dal sequestro *Leg. non videtur* 33. *ff. de Judic.* Ognuno sa che il fatto, da cui dedur si vuole il tacito consenso di una

persona a certa cosa, deve esser tale che non possa in altro senso interpretarsi, e benchè comunemente il sequestro attribuisca la giurisdizione a chi l'ordinò, pure se la causa è tale, o tali sono le condizioni della persona, per cui non si possa assolutamente chiamare che a certo Giudice, può questa opporre la declinatoria, non ostante che abbia prestata cauzione. Se al contrario il reo chiede detta cauzione *de judicio sisti, et judicatum solvendo* all'attore, chiede termine a rispondere, od altro atto emmette da cui dedur si possa, che all'attore contraddice si ha per prorogata la giurisdizione al Giudice davanti cui fu chiamato: perciò se il reo prima di contestar lite non oppone la declinatoria del foro non verrà dopo su ciò ascoltato *Cod. Pat. loc. cit.* Il terzo requisito a questa prorogazione, è che l' attore ed il reo abbiano la legittima amministrazione delle proprie cose, possano da se stesse obbligarsi, ossia che abbiano legittima persona da stare in giudizio, perciò non potrebbero prorogare i pupilli, i minori: lo potrebbe per altro il tutore, e lo si deduce dalla *leg. 11. Cod. de Procurat.* che vietando al tutore la costituzione di un procuratore pel pupillo, gli accorda la nomina dell'attore, quello cioè che nominato dal tutore si presenta in giudizio pel pupillo. Il mandatario speciale *ad hoc,* od anche il generale, il cui mandato sia munito della clausola *cum plena et libera* possono prorogare: senza questa clausola il mandatario non ha tale facoltà. Prorogato che abbia uno la giurisdizione, obbliga gli eredi, e più ne sono le ragioni: l' erede non è che un successore universale nei diritti tutti, e nelle obbligazioni del suo autore, e fingesi una persona sola collo stesso *L. haeredem* 59. *l. haered.* 62. *ff. de regul. jur.* Ogni uomo, che stipula, lo fa per sè non solo, ma per gli eredi ancora *Leg. si pactum ff. de probat.* L'erede deve

convenirsi ove fu l' autore di esso *Leg. haeres absens ff. de Judiciis*: infine sarebbe ingiusto che la morte di una parte litigante togliesse all' attore il gius quesito di veder terminata la lite nel foro ove fu incoata. Non così il fidejussore è tenuto stare alla prorogazione, che fece senza il suo consenso il principale debitore. Se le parti prorogarono giurisdizione ad un Giudice, indi si pentirono entrambi, cessa la prorogazione, mentre il patto che si fece col mutuo assenso, col mutuo dissenso può sciogliersi: così se l' attore ottenne dal reo a proprio favore la prorogazione, volendo convenire il reo medesimo può farlo o nanti il Giudice ordinario, o nanti quello cui fu prorogata la giurisdizione. In questo senso opino debba intendersi la legge *si convenerit* di Affricano 18. *ff. de Jurisdic.* perchè ognuno può sempre rinunziare al proprio diritto.

Per veder poi se possa aver luogo la prorogazione bisogna aver riguardo al luogo, al tempo, alla persona, alle cause. Per ragione di luogo non può essa farsi, fuori di quel circondario, in cui uno ha giurisdizione, mentre un Giudice fuori del proprio territorio non è che un privato *Leg. praeses provinciae ff. de offic. Presid.* Rapporto al tempo non si può ampliar la giurisdizione a quegli che di essa è già stato spogliato, non potendosi estendere, come si disse ciò che più non esiste *Leg. cum qui* 13. *ff. de Jurisd.* Rispetto alle persone chiunque ha l' amministrazione libera delle proprie cose può convenire di essere citato nanti un Giudice qualunque rinunziando al proprio foro. Quanto alle cause fa di mestieri osservare se la giurisdizione del Giudice, di cui si tratta sia limitata a certa somma, o certa specie di cause. Nel primo caso può estendersi la giurisdizione di esso da somma, a somma, *Judex qui usque ad certam*

summam judicare jussus est, etiam de re majore judicare potest si inter litigatores conveniat, così la *leg.* 74. *ff. de judiciis.* Se poi è limitata a certa specie di cause non si può estendere ad altre diverse *Latrunculator de re pecuniaria judicare non potest Leg.* 61. *ff. de judiciis;* al Giudice criminale non prorogasi giurisdizione in civile: così al Tribunale dei mercanti non si potrebbe prorogar giurisdizione per cause non mercantili: così al Giudice di prima istanza non si potrebbe prorogar giurisdizione per l'appello.

Per disposizione poi di legge si ha foro di prorogata giurisdizione quando un reo citato davanti il Giudice del proprio domicilio da uno a quel Giudice non soggetto, riconviene l'attore medesimo, il quale per questa causa di riconvenzione è costretto anche suo malgrado soggiacere alla giurisdizione del medesimo. Questa disposizione parte dalla *Leg. cum Papinianus* 14. *cod. de sent. et Inter.* che ce ne addita la ragione con queste parole, *Cujus enim in agendo (actor) observat arbitrium eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur*: nessuno fatto reo deve ricusare quel Giudice nanti cui comparve in veste di attore; non vi ha eccezione che un attore del reo riconvènuto possa affacciare contro il Giudice, se non quelle di sospetto: per esempio il Giudice avesse parte, o interesse nella causa di riconvenzione: se ivi avesse dato voto, se vi fossero implicati i suoi stretti parenti *Nov.* 96. *Cap. illud quoque* 2.: nè per declinare da questo giudizio potrebbe l'attore far rinunzia alla incoata lite, mentre il Giudice quasi in tal guisa prevenuto dovrebbe la causa di riconvènzione definire tenendo essa luogo di contestazione di lite. Questa può aver luogo tanto se un attore affacciò una sola azione quanto se più, sia nel caso che la riconvenzione

parta da titolo di contratto, o da delitto, in quanto che il reo voglia esser risarcito del danno che gli provenne dal delitto di quell' attore che lo chiamò in giudizio. Se l'attore agisce coll'azione delle ingiurie, e il reo pretenda di essere esso stesso maggiormente leso può aver luogo la riconvenzione; ma se il reo volesse per un'azione civile riconvenir quell'attore che lo citò per la riparazione di una ingiuria inferitagli, non sarebbe ascoltato; altrimenti, come dice Ulpiano, chiunque potrebbe ingiuriare il suo nemico, onde agendo questi pel risarcimento dovutogli, si rendesse così soggetto al Giudice dell'ingiuriante *Leg. Consensisse* 2. §. *item ff. de judiciis*. Così se un attore cita più rei, per esempio più socj, ed un solo fra questi ha ragione di riconvenirlo, può farlo, e viceversa può il citato da più attori riconvenire quello, contro cui ha titolo di agire. Non si creda però che il reo sia obbligato a riconvenir l'attore avendo diritto di farlo, mentre può rinunziare a questo favore che gli dà la legge: solo pendente il giudizio di convenzione non potrebbe citare il suo avversario in altro foro, se non se ultimato il medesimo, se vuolsi attenere al gius civile *Novella* 96. *Cap.* 2., ed al canonico *Capit. dispendia de rescriptis in* 6. Se poi deve starsi alla pratica non è nuovo il caso che due abbian liti contemporanee in due diversi fori. Non sempre, nè in tutte le cause, nè davanti ogni Giudice, o contro ogni attore può aver luogo questa riconvenzione. Sul tempo in cui abbia a farsi non sono d'accordo gli autori: il Durando al titolo della riconvenzione vuole possa farsi fino alla conclusione in causa, e così dopo la contestazione di lite; altri pretendono che debba eseguirsi prima: stando al gius scritto par che debba prevalere quest' ultima opinione. La novella suddetta 96. dice *statim ab initio hunc* (*actorem*)

accuset, ed il gius Canonico nella Clementina *saepe de verb. signif.* il cui disposto in giudizio civile si osserva, replica essa pure *Si quid* (*reus*) *petere voluerit esse ipso litis exortio petitio facienda.* Tuttavia i preopinanti si fondano nella suddetta legge *Cum Papinianus* 14. *de sent.* e nella legge *Qui non capitur* 22. *ff. de judiciis*, e nel capitolo *dispendia* suddetto, perchè non fissano termine a tale riconvenzione, e segnatamente nella *Leg. in rem suam ff. de compens.* disponente che il Procuratore *in rem suam* riconvenuto dopo la contestazioue della lite possa opporre la compensazione, *post litem contestatam, si vice mutua convenuatur.* Una distinzione comunemente in foro abbracciata compone questi diversi pareri. Se vuolsi che ambe le cause e di convenzione, e di riconvenzione camminino di pari passo, e siano terminate con una sola sentenza, deve il reo riconvenire l'attore prima di contestar lite. Se poi vuol usare della riconvenzione al solo oggetto di fissare la giurisdizione al Giudice, che senza simultaneità di processo poi dia due diverse sentenze, può citare l'attore anche contestata la lite, *Voet ad Pand. lib.* 1 *tit.* 1. §. 80. *Berlic. part.* 1. *conclus. pract.* 22. *Cancerio part.* 2. *var. resolut. cap.* 13. *Carpsov. definit. forens. part.* 1. *cons.* 7. *Merula pract. lib.* 4. *tit.* 43. *Maranta de judiciis h. t.*

Che la causa di riconvenzione con simultaneità di processo debba ultimarsi con quella di convenzione allorchè il libello riconvenzionale fu dato in principio della lite, è una massima che soffre eccezione, qualora la causa convenzionale sia privilegiata, e l'altra di riconvenzione ordinaria: se, per esempio, l'attore chiedesse l'esecuzione di un obbligo chiaramente risultante da pubblico documento contro il reo, e questi lo riconvenisse per una pretesa servitù, cesserebbe la simultaneità del

processo, mentre l'attore correrebbe la via breve privilegiata esecutiva, ed il reo dovrebbe osservare il giudizio ordinario; resterebbe allora l'altro effetto della riconvenzione, che cioè il medesimo Giudice, benchè con diversa sentenza dovrebbe, entrambe le cause giudicare : ciò fu suggerito dalla massima di equità. Tutti poi sono d'accordo, che dopo la sentenza non possa il reo riconvenire l'attore; come infatti potrebbero aversi due mutue petizioni, quando una di esse fosse cessata all'apparire dell'altra?

Foro privilegiato è quello nanti cui solo possono essere chiamate per gius Romano certe favorite persone, cioè i pupilli, le vedove, i cronici, i miserabili: A queste persone diede l'Imperator Costantino sotto i consoli Ottato, e Paolino coll'elegantissima legge *unica Cod. quando Imperator ecc.* il privilegio di avere nelle loro cause a Giudice il Sovrano. Il Codice Estense loro aveva accordato il privilegio di portare in unica istanza la rispettiva causa al Supremo Consiglio di Giustizia : il reale Decreto 28 Agosto 1814 Art. 20 abolì tutti i privilegi del foro, e nel tempo stesso prescrisse, che per tutte le cause interessanti l'Ordine pubblico, la Regia Camera, le Comunità, i pubblici Stabilimenti, e le Persone specialmente dalle leggi tutelate debbasi sentire previamente il voto del rispettivo Regio Procuratore Fiscale.

Le vedove però, i pupilli, i poveri hanno il privilegio dalla legge 28 Maggio 1819 di portare le loro cause, come si vide dal Tribunale di prima in ultima istanza al Supremo Consiglio, e d'ottenere l'esecuzione del primo favorevole decreto, dando però cauzione di restituire, in caso di soccombenza, davanti il Supremo Consiglio, quanto in forza di quello avessero conseguito.

Oltre queste disposizioni vi hanno ora presso di noi dei fori privilegiati, sia riguardo alle natu-

re delle cause, che rapporto a certe persone. Pel primo oggetto abbiamo il foro della reale Finanza.

La Sovrana legge 15 Maggio 1816 ha disposto che le cause di contravvenzione alle leggi per le Dogane, le Privative, i Dazj ed altri diritti riguardanti le Finanze, come sono le tasse pel registro dei contratti, per le successioni, per le iscrizioni ipotecarie, e simili, siano giudicate in via civile in prima istanza, se la pena principale è pecuniaria dall' Intendente di Finanza; nel cui circondario seguì la contravvenzione in via criminale, quando cioè la pena principale è corporale, si procede davanti i Tribunali giudiziarj. Dalle sentenze di prima istanza civile proferite dall' Intendente tanto in contumacia che in contraddittorio del reo invenzionato ha luogo reclamo al Ministro ove venga avvanzato entro dieci giorni dell' intimazione al reo od affissione delle medesime sentenze. In questa seconda istanza giudica un Consiglio speciale presieduto dal Consultore legale, dal Ministro, e da altri due soggetti a quello addetti scelti all'evenienza de' casi dal Ministro. In questo stadio di giudizio non si assumono nuove prove, a meno che ciò non sembrasse conveniente al Ministero. Quest' ultima sentenza per la relativa esecuzione viene all' Intendenza rimessa. Gli atti di tali giudizj stendonsi in carta non bollata anche per parte dell' invenzionato. Quanto è vigile il Ministro nel prevenire le contravvenzioni, altrettanto è umano, ed equo nell' applicare le multe, salvo il caso di prevaricazione in uffizio, o di spiegato dolo di nequizia.

In secondo luogo, quanto alle persone, abbiamo il foro militare, ed il foro di corte: secondo il diritto comune il privilegio del foro militare consisteva in ciò, che gli ascritti alla milizia non potevano che esser citati nanti i loro Duci *Leg. ult.*

Cod. de re militari, leg. penult. Cod. de pactis, e *Cod. de Judic.* talchè simile giudizio dicevasi *Duciano*. Che un giorno infatti i Centurioni godessero della giurisdizione, ce ne assicurano Polibio nelle sue storie lib. 6. e Giovenale nell' ultima di lui Satira. Oggi presso di noi è d'uopo distinguere le cause criminali dalle civili. Il privilegio dei militari nelle cause civili consiste in ciò che la Guardia nobile di onore, e generalmente tutti gli addetti alla milizia che godono del foro militare, hanno diritto d' essere chiamati alla conciliazione dai loro creditori davanti il Comandante del Corpo cui appartengono, e non già d'innanzi al conciliatore ordinario. Cessa però questo privilegio in più casi, cioè quando il debito è comune ad un militare, e ad un borghese; quando si tratta non di azione personale per debiti civili, ma bensì di azioni reali, o miste, per esempio di rivendicazione di fondi, petizioni di eredità, e simili; quando il militare da citarsi sia stazionato e domiciliato fuori delle due città di Modena e Reggio, e finalmente nel caso che si tratti di causa esente dal previo esperimento di conciliazione come si vide. Se davanti questo Comandante del Corpo cui appartiene il militare convenuto non riesce conciliazione coll' attore borghese, detto Comandante dentro dieci giorni da quello in cui il creditore avrà rese note le sue pretese e non più tardi, dovrà rilasciare il certificato di non seguita conciliazione, dietro di che procede la causa nanti i Tribunali competenti: se poi riesce la conciliazione, si riduce in iscritto ed in bollato, si firma dal Comandante, e dalle parti: tale appuntamento rimesso al Giudice, o Tribunale competente dal Comandante stesso, sorte l' effetto della sentenza passata in cosa giudicata. Veggasi il Bollettino delle leggi 1819 pagina 191. e 192.

Nelle cause criminali sono giudicati gli addetti alla milizia dal Consiglio di guerra, secondo le ordinazioni militari, di cui non è del nostro istituto il ragionare.

Il privilegio del foro di Corte sta in ciò, che tutti quelli i quali appartengono alla Casa Reale non possono essere chiamati in giudizio, se prima non sono stati ufficiati, mediante ricorso a S. E. il Maresciallo di Corte, nanti il di lui Assessore.

Il foro privilegiato degli scolari presso di noi non è in vigore.

Il foro ecclesiastico, è quello nanti di cui solo hanno diritto di esser chiamati gli addetti al sacerdozio. Fu abolito questo privilegiato foro sotto il cessato governo italiano, e la legge 28 Agosto 1814 che rimise in vigore il Codice Estense, avendo sospeso nell' art. 10. qualunque privilegio di foro, lasciò sussistere tale abolizione. Qualora però occorra sentire in esame qualche sacerdote davanti laico Tribunale questo si dirige all' Autorità ecclesiastica, la quale fa prestare al sacerdote da esaminarsi il giuramento di dire la verità, e rilasciandogli l' analogo certificato, lo esime dal più giurare presso laica magistratura. Occorrendo l' arresto di qualche sacerdote, se ne deve render avvertito il Vescovo da cui dipende dopo che sarà arrestato il reo, come pure si deve esso render inteso della sentenza contro un sacerdote proferita, prima che sia alla medesima data esecuzione, legge suddetta §. 22.

In tutto il resto che riguarda il foro competente sono presso di noi osservati gli stessi principii della ragione comune; così gli amministratori sì pubblici che privati, non che i loro eredi per le cause di amministrazione, possono essere citati nanti il Giudice del luogo, ove è seguita la medesima *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 4. §. 7. i ven-

ditori, i promissori di evizione, o d'indennità, gli autori, rilevatori, dietro la dennnzia di lite loro fatta, debbono comparire nanti il Giudice della causa principale, quand' anche avessero foro privilegiato, o negassero d' essere tenuti all' evizione, al rilievo, all' indennità, e sempre che l'attore faccia le sue incombenze in tempo contro il preteso rilevatore, o promissore d' indennità, debbono ambe le cause definirsi con una sola sentenza *Cod. Pat. tit. dei Giudizj* §. 8. *lib.* 1.

TITOLO IV.

DELLE PERSONE UTILI AL GIUDIZIO.

Secondo il gius Romano potevano gli imperiti nel diritto essere Giudici, e perciò loro si davano degli assessori legali. L'assessore è quegli adunque che il Giudice imperito assiste nella cognizione, e decisione della causa, *Leg.* 1. *Cod. de assessoribus.* Nessuno poteva essere assessore nella propria patria, nè presso due Tribunali al tempo stesso, nè fungere contemporaneamente le veci di avvocato, e d' assessore, veggansi il *tit.* 22. *lib.* 1. *delle Pandette de officio assessorum, ed il primo del Codice de assess.* Essendo che presso di noi, nessuno può essere Giudice se non è decorato della laurea dottorale, non ha fatto pratica legale, e non ha prima subito un esame nanti il Supremo Consiglio di Giustizia, come la stessa ragione ne persuade, così sono oggi al nostro foro ignoti gli assessori *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 2.

La più illustre fra le persone che oggi servono al migliore andamento del giudizio è l' avvocato: le altre sono il procuratore, l'attore, il difensore, il notaro, il messo.

L'avvocato si definisce = *Causarum patronus qui in judicio postulat, postulare est desiderium suum, vel amici in jure apud eum qui jurisdictioni praeest exponere, vel alterius desiderio contradicere* = *Leg.* 1. §. 2. *ff. de postulando.*

Da tale definizione si raccoglie, che l'avvocato giova tanto all'attore, il cui desiderio espone al Giudice, quanto al reo, opponendosi alle pretese che contro di esso vengono indebitamente affacciate.

L'ufficio dell'avvocato si considerò sino dalla più remota antichità come nobilissimo; fu in uso ai tempi della Repubblica Romana, e al dire di Seneca, Svetonio, Plutarco, Quintiliano era annoverato tra i pubblici ufficj; dalla prima legge del Digesto si annunziano gli avvocati quali sacerdoti e ministri della Giustizia, e come tali furono in ogni tempo presso tutte le colte nazioni risguardati, e non immeritamente, giacchè bene spesso dalla dottrina, ed eloquenza loro, la sorte dipende delle sostanze, dell'onore, della vita del cittadino. In quanta riputazione si tenessero dalle Supreme Autorità ne lo additano gl'Imperatori Leone, ed Antemio nella elegantissima legge 14. *Cod. de Advoc. diversor. Judicior. Advocati qui dirimunt ambigua fata causarum, suæque defensionis viribus in rebus sæpe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si prœliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro Imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos; militant numque causarum Patroni, qui gloriosæ vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam, et posteros defendunt.* Veggansi il Tiraquello *de nobilitate cap.* 29, il Zipeo *ad tit. de postulando*, il Peregrini *Praxis Vicar. pars.* 4. *sect.* 15.

Nè soltanto antico, nobile è l'ufficio dell'avvocato, ma utilissimo, e pei privilegi di che vanno decorati, e per gli onorarj che al medesimo si accordano: una volta godevano del benefizio *deducto ne egeat* e del privilegio del forò: oggi gli avvocati hanno il peculio quasi castrense, come i Militari il castrense, il quale tutto spetta ad essi loro in proprietà, usufrutto, ed amministrazione, quantunque figli di famiglia: alla paterna carriera in preferenza di qualunque altra persona si ammettono i figli degli avvocati: egualmente che i nobili cingono la spada d'onore: per debiti civili non possono tradursi in carcere, nè vedersi spogliati delle loro Biblioteche: nelle distinte pubbliche adunanze vengono egualmente che i nobili ammessi, e conveniente si ravvisa quel matrimonio che vincola una donna d'illustre lignaggio ad un avvocato *Cod. Pat. Lib.* 1. *Tit.* 9. §. 5. *e Tit.* 10. §. 9. *e Lib.* 5. *Tit.* 6. §. 21. *Voet ad Pandect. de postulando.* Disse Muzio a Servio nella *Leg.* 2. *ff. de orig. juris. Turpe est patricio et nobili et causas oranti jus in quo versatur ingnorare.* Pingui sono gli onorarj che la tassa Estense attribuisce agli avvocati. Senza perdersi nelle storie de' popoli stranieri vediamo fra noi che la maggior parte delle illustri famiglie, le quali al Trono oggi fanno onorata corona, non d'altronde giunse al grado d'onore e di ricchezza che la contraddistingue, se non colla legale carriera.

L'ufficio dell'avvocato è pubblico. *Si non habebunt Advocatum ego dabo* dice il Pretore nella *Leg.* 1. §. 3. *ff. de postulando*, perciò non potrebbe un avvocato rifiutare, senza una legittima causa, il patrocinio che gli venisse dal Giudice affidato, il quale potrebbe costringervelo, o con multa pecuniaria, o colla sospensione, o privazione dell' ufficio, *Leg. providendum Cod. de postulan-*

do, leg. longius ff. de Judiciis. Il pupillo, il povero che deve litigare contro un avvocato, od un potente, ottiene dalla equità del Giudice quell'avvocato, che non può per se stesso rinvenire.

Nobile essendo, come si disse, la professione dell'avvocatura, non tutti vennero, e non tutti sono oggi indistintamente ammessi alla medesima. Il Pretore, come è noto, nella *Leg.* 1. §. 3. *ff. de postul.* costituì tre ordini di persone. Il primo indica coloro, cui non era permesso postulare giammai nè per sè, nè per altri. Tali sono 1.° per mancanza di età i minori degli anni 17; ad essi non era accordato l'onore della toga, e a ragione si riteneva che in questa età non si potessero avere quei lumi, quella dottrina, e quella prudenza, che sono indispensabili al retto esercizio dell'avvocatura; Demostene, Calvo Pollione, Cesare Augusto sono rarissimi esempj di eloquentissimi benchè imberbi oratori. In questi dominj è prescritta l'età d'anni 25. 2.° I servi per mancanza di libertà. 3.° Pel caso, i sordi, perchè non potendo sentire la voce del Pretore, potrebbero non eseguirne gli ordini, e quindi ancora con danno delle patrocinate cause, essere contumaci. L'ordine secondo è di quelli che per altri non potevano perorare, salvo che pei pupilli, o minori di cui fossero tutori, o curatori, ma solo per sè. Cadono in questa classe 1.° i ciechi, perchè non potevano vedere, e venerare le insegne della Magistratura: ragione è questa in vero poco persuadente: si può aggiugner l'altra che un cieco mancando di quel senso per cui la maggior parte delle cognizioni si acquistano, non può studiar le cause, e quindi difenderle: diede motivo a ciò, come racconta Labeone, Publio cieco, il quale volendo perorare, rovesciò sossopra con la sella curule Bruto Pretore. 2.° Le donne, credendosi che l'incostanza, la leggerezza, i vezzi,

e la seduzione muliebre fossero pericolosi nei giudizj; d'altronde non è conveniente al pudore ed alla riservata educazione delle donne, il prender parte nelle clamorose dispute del foro. Dice Ulpiano aver dato causa a questo capo di editto certa Carfania, o Arfania, o Carfina impudentissima femmina, che in quei tempi infestava il foro. Siccome però Plutarco ci scrisse che Numa Pompilio non permise alle donne di arringare in giudizio anche nelle cose più necessarie senza l'assistenza del marito, e che quando una donna per difesa di qualche sua causa veniva in giudizio, il Senato consultava la Divinità, così si può arguire, che anche prima di Carfania fosse inibito alle donne il comparire nei tribunali. 3.° *Qui muliebria corpore passus est*, a meno che ciò non fosse stato per forza irresistibile escludente la volontà. 4.° I condannati per capitali delitti. 5.° Chi locò le proprie opere, per dare spettacolo pugnando colle fiere, condotto da sordido interesse; costoro infatti mostravano una viltà di spirito mal conveniente alla dignità di cui parliamo. Questi crudeli spettacoli oggi fortunatamente non sono più in uso. 6.° Infine quelli che avevano sortito una figura ridicola, e deforme. Il terzo ordine finalmente era costituito da quelli che potevano per sè e per cert'uni postulare, ma non per tutti indistintamente: tali erano i macchiati, non d'infamia capitale, ma di quella che dicono *levioris notæ*, di cui altrove parleremo, come sono i falliti, i corruttori della loro ancella ecc.: a costoro era dato postulare per sè, pei figli, parenti, fratelli, per le sorelle, per la moglie, pel suocero, pel genero, per la nuora, pel patrigno, per la matrigna, e pe' loro figli sino al quarto grado, ma non per altri.

Dalle Costituzioni poi de' Principi si vieta 1.° L' essere avvocato a chi nella causa stessa è Giudice

Leg. 6. *Cod. de postuland.*, incompatibile essendo l'uno uffizio coll'altro, mentre il Giudice non può favorire, come per dovere l'avvocato, una parte, nel tempo istesso che pronunziar deve sentenza a vantaggio di quella per cui milita la ragione: pronunziata però la medesima, ove siasi appellato, potrebbe difendere il proprio decreto, e così vestire la qualità di avvocato, cessando la sopra espressa ragione. Presso noi però sono sempre incompatibili le due cariche di Giudice ed avvocato, benchè si trattasse di causa diversa e non decisa da quel Giudice, che la volesse difendere in altro Tribunale. 2.° A tutti quelli che non appartengono alla Cattolica Religione, *Leg. fin. Cod. de postulando. Nemo in foro.... accedat ad togatorum consortium nisi sacrosanctis Catholicæ Religionis fuerit imbutus misteriis.* In questi Dominj non per tanto resta ciò proibito agli Ebrei, che d'altronde prestano il patrocinio unicamente a cause vertenti fra essi. 3.° A quelli che fecero patto di quota lite, cioè per sè stipularono una certa parte del vantaggio della vittoria, e questo affinchè mossi non vengano dalla turpe avarizia a defatigare il collitigante, e ad usar la frode davanti la stessa giustizia, per ottenere il desiderato intento. 4.° Ai prepotenti, come si ha dai titoli 14. e 18. del Codice pel motivo, che il timore di persona potente non abbia a pregiudicare alla retta amministrazione della giustizia. 5.° Generalmente a tutti quelli che non hanno legittima persona da stare in giudizio.

Dalle leggi canoniche infine si vieta ai Chierici il vestire la qualità di avvocato, perchè non vengano distratti dalle sacre cure di Religione, a meno che non si trattasse di causa, in cui fossero interessate persone miserabili o la stessa Chiesa.

Chiunque oggi aspira alla carriera legale dev' essere suddito Estense, di condizione non mac-

chiata, di buoni costumi, di una savia e morale condotta; deve aver fatto il corso di legge in qualcuno dei convitti legali di questi Estensi Dominj, od averne riportata la laurea in questa Università, giustificata l'età maggiore come sopra si disse di anni 25: aver per due anni fatta la pratica sotto la direzione di qualcuno fra causidici esercenti davanti il Supremo Consiglio, e i Tribunali, o sotto la direzione di una delle Giusdicenze di Modena, Reggio, Castelnuovo di Garfagnana o di un Procuratore Fiscale; deve pure riportare certificati di saviezza, e buona condotta dalla Polizia Provinciale, e dal Tribunale rispettivo di giustizia, dare sicurtà pel retto esercizio della professione e subire un esame pratico all'improvviso davanti il Collegio intero dei Causidici composto di venti individui; da questo immediatamente prima dell'esperimento due esaminatori pubblicamente si estraggono a sorte, i quali a voce alla presenza del collegio interrogano il candidato, indi gli danno due temi per libelli da stendersi in libro apposito; quindi il suffragio di due terzi almeno dei voti segreti decide se debba alla pratica ammettersi. Dopo tutto ciò è necessaria la Sovrana abilitazione. Ottenuta questa non può poi difendere cause indistintamente in tutti i Tribunali dello Stato, ma dapprima solo davanti la Giusdicenza: dato poscia saggio almeno per un anno di sè previo nuovo esame è ammesso davanti i Tribunali, e similmente dietro un terzo esperimento che non gli si accorda se non dopo aver esso stabilita la propria riputazione morale, e scientifica presso li detti Tribunali, ottiene dal Supremo Consiglio l'onore di arringare le cause dinanzi di esso. Veggasi la Notificazione Reale 28 Dicembre 1816 N. 35.

Questa veramente parla dei causidici, o procuratori, non degli avvocati, ma in questi Dominj per inveterata consuetudine i causidici hanno in pari modo la facoltà di fungere ancora le parti di avvocato. Il collegio degli avvocati, che fu soppresso sotto il passato Governo Italiano, non è più stato rimesso. Il procuratore, che aspirava ad essere individuo del Collegio degli avvocati, doveva subire un esame davanti il medesimo che consisteva nello stendere in iscritto un voto legale sopra quesito che gli veniva fatto, colla scorta del Digesto e Codice patrio. La differenza che passa fra l'avvocato ed il procuratore propriamente tale si è che il primo risponde alle questioni di diritto sulle quali viene consultato, dirige le cause onde vengano ben istrutti i processi, arringa davanti i Tribunali a voce, e stende le allegazioni in jure, ed in fatto. Il procuratore fa tutti gli atti che servono a compilare un ben regolato processo come più avanti vedrassi.

Fra le molte qualità che distinguer devono l'avvocato tiene un posto eminente la scienza delle leggi: la giurisprudenza, altro non è che un abito pratico di interpretare ed applicare saviamente le leggi ne' casi che giornalmente succedono, e l'interpretazione non istà nel conoscere la parola di una legge, e ripeterla a guisa di pappagallo, come dice il Carpzovio, ma nel comprenderne lo spirito, e la forza *Leg.* 17. *ff. de Legib.* Questa interpretazione poi è di tre specie: *autentica*, e si ha quando la legge essendo così oscura che non ammette spiegazione, si deve ricorrere allo stesso Legislatore, onde la renda chiara e indichi quale senso alla medesima debbasi attribuire. *Usuale*, che deriva dall' uso, ed è quando il Giudice vedendo dubbia una legge la prende in quel senso in cui è stata spiegata ed usata praticamente dai Tribu-

nali in altri casi *Leg.* 12. *ff. de legit.* 6. *Dottrinale*, quando il Giureconsulto spiega una legge dubbia secondo le regole di sana interpretazione *Leg.* 13. *ff. eod.* La dottrinale è di tre specie: *dichiarativa, estensiva, e ristrettiva.* L'estensiva ha luogo qualora la ragione della legge è più estesa di quello l'indichino le parole, e perciò si estende a comprendere un caso che non è dalle parole accennato. Per esempio vieta il provvido Sovrano che in tempo di carestia si asportino dallo Stato dei grani: il Giureconsulto ampliando coll'interpretazione questa legge, rende alle sanzioni della medesima soggetto anche colui, che non grano, ma pane, o farina, avesse all'estero asportato; all'incontro restrittiva è quando le parole della legge più esprimono di quello il voglia la ragione della legge stessa: ritenuto il suddetto esempio, e dato il caso che uno avesse asportato dei grani di cui si cibano i soli animali bruti, il causidico interpretando restrittivamente questa legge, e la parola *grani* esimerebbe dalle sanzioni medesime colui che avesse asportato dei ceci, del mocco, dell'avena ec. La dichiarativa si ha quando spiegasi una legge il cui senso in qualche modo sia oscuro, dubbio, ambiguo: per esempio al titolo della donazione del Codice nostro si dispone che l'ingratitudine qualunque non suffraghi al donante, *ove abbia alla medesima rinunziato*, nel mentre che questa legge mostra potersi rinunziare alla eccezione della ingratitudine, non indica se tale rinunzia possa farsi solo dopo la commessa ingratitudine, od anche prima di commetterla. Siccome però tale rinunzia è contraria ai buoni costumi, giacchè vedendosi il donatario al coperto della revoca della donazione non avrebbe ritegno, quando gli tornasse conto, ad essere ingrato al donante, così il Giureconsulto spiega e dichiara, che detta

legge intende parlare della rinunzia che si fa dopo l'atto d'ingratitudine, la quale rinunzia allora è virtù, laddove fatta prima sarebbe un vizio dannoso alla società stessa.

Prima che l'avvocato accetti la difesa di una causa deve prendere esatta e minuta cognizione di tutti i fatti che vi hanno relazione, mentre *ex facto oritur jus. Leg. si ex plagiis ff. ad leg. Aquil.* e talora una minima circostanza che a primo aspetto sembra di tutta indifferenza, può interamente cambiare faccia alle cause: si guardi cautamente dall'accedere al patrocinio di una lite che non abbia se non fallace apparenza di bontà, perchè scoperto poi l'errore non debba abbandonare con rossore il campo, oppure, il che è peggio, a sostenere con impudente iniquità una causa temeraria, e perchè finalmente, assunta che siasi una causa non buona, l'amor proprio difficilmente permette che si abbandoni: non è raro il caso anche a'giorni nostri in cui valenti Giureconsulti abbiano con isforzo d'ingegno sostenute tesi dalla maggior parte condannate, appunto per non essere stati cauti abbastanza nell'accettarne la difesa.

Per non restare ingannato nell'assumere la difesa di una causa, deve l'avvocato sostenere le veci di tre persone: del difensore dell'attore, di quello del reo, e di Giudice: come avvocato dell' attore deve interrogare più volte sul fatto, e sulle relative circostanze il cliente, ed in vario modo, per costringerlo alla narrazione, onde sentire se fedele ripete sempre le medesime cose, giacchè è meglio udir più volte lo stesso, o ciò che per avventura fosse inutile al caso, anzichè mancar delle necessarie cognizioni: di più non è insolito il caso, che l'informante nel primo racconto qualche circostanza dimentichi, oppur ne taccia alcuna per non ritenerla influente sul merito, locchè spes-

so accade fra gl'idioti, o finalmente che con frode voglia mentire e svisare i fatti, sperando che assunta la causa non sarà l'avvocato per rinunziarvi, e così che il nome illustre dell' avvocato possa agevolargli la vittoria. Come il bravo medico non si arresta a medicare i mali che all' esterno si manifestano, ma procura gli interni ancora scoprire, così il legale non deve contentarsi di ciò solo che gli viene narrando chi lo consulta, ma deve procurare di venire a cognizione anche di ciò che non gli si dice, e che può avere stretto rapporto colla causa di cui si tratta; tutto attentamente investigando si trova il male, o il rimedio ove meno si credeva. Non manchi di leggere e di studiare con diligenza tutti i recapiti e documenti relativi al controverso punto, e si munisca delle occorrenti prove poco fidandosi del cliente. Questi mentre espone il fatto assicura che avrà quanti testimonj si vogliono al medesimo, assicura che il reo stesso non sarebbe per negarlo, e poi alle prove sovente tutto vien meno.

Disimpegnata così la parte di difensore dell' attore, e conosciuti i fatti, e le circostanze antecedenti, concomitanti, e susseguenti, nel vestire le qualità di reo deve portar le indagini su quelle ragioni che possono militare pel medesimo, sia che si deducano dal fatto, sia che dal diritto emergano, cercar le difese, le eccezioni che possono prodursi in mezzo dal reo, instituir gli argomenti atti a distruggere le deduzioni dell' attore. Ciò fatto rivestendosi infine della toga giudiziale deve con buon criterio ponderare le ragioni dell' una, e dell'altra parte, vedere per chi stia il torto, chi dei due assista la ragione: così agendo difficilmente accadrà che s'inganni, ed in ogni caso sarà tranquillo in coscienza per aver posto in opera quanto in simili casi può suggerire la pru-

denza umana. L'esperienza di trent' anni di esercizio mi autorizza ad assicurare, che la maggior parte delle cause che oggi assordano il foro, nascono o dalla imperizia dei legali che le promossero, o dalla loro incuria nel bene studiarle prima di assumerne il patrocinio.

Assunta la causa non manchi l'avvocato di far costare del fatto colle preparate legittime prove. Nell'attitar poscia il giudizio, sfugga il puntiglio, i cavilli, le tergiversazioni, i sotterfugi, gli atti inutili, e gli emergenti frustranei che molti fanno nascere all'unico oggetto o di aver tempo protraendo inutilmente le liti, o di defatigar l'avversario. Tutto ciò è contrario alla morale, ed alla delicatezza dell'avvocato; che al dir di Catone, e di Quintiliano deve esser uomo probo, ed oltre ciò detrae moltissimo alla fama dell'avvocato, benchè fosse ritenuto da tutti di vasta erudizione fornito.

Nell'arringar le cause, e nello stendere allegazioni non abberri inutilmente dall'oggetto principale della causa *Agat quod causa desiderat Leg. 6. Cod. de postulando*, serva alla sincerità nell' esporre il puro e nitido vero, spoglio di qualunque artificiosa divisa atta a trarre in inganno o sedurre. Non isfiguri il fatto, e meno supponga ciò che non è; fugga i sofismi, e non faccia pompa di giuochi d'ingegno, che mal convengono all'uomo onesto, e facilmente d'altronde si scoprono dal savio, e veggente Tribunale: guai a quel causidico che ne abbia una volta perduta la stima, e la confidenza! sprezzi anzi con candor d'animo le accidentali combinazioni che talora si danno di trarre a proprio favore in inganno il Giudice, e sia fedelissimo alla parte che imprese a difendere. Il causidico deve essere insomma, *in judicio justus, in agendo cautus, in patrocinio fidelis*. Pre-

ferisca lo stile robusto e conciso all'ampolloso e dilombato, senza perder di vista l'ordine, e la chiarezza, ed ove tali forze non abbiansi per cogliere nell'ottimo genere d'eloquenza, si rammenti il precetto di Tacito, *Malim haercule C. Gracchi impetum, aut L. Crassi maturitatem, quam calamistros, Mecenatis aut tinnitus Gallionis, adeo melius oratorum vel hirta toga induere, quam fucatis et meretriciis vestibus insignire. Dialog. de Orator.* Un errore di che si lagnava lo stesso de Luca nella sua operetta sullo stile legale, comune anche ad alcuni dei nostri avvocati di oggidì, si è quello di cumulare con assolute inutilità molte citazioni di autori all'oggetto di provare verità pacificamente da tutti ammesse. Ciò torna anche in disprezzo de' Giudici, cui sembra vogliasi in tal guisa fare scuola di diritto: oggi pochi sono gli articoli dubbii nuovi di legge che o dal codice nostro, o dalla forense non siano stati decisi; il tutto sta nell'applicare bene le teorie e le leggi al caso, e sopra tutto distinguere con giusto criterio, quando nei singoli casi debba aver luogo la regola generale, o all'incontro le sue limitazioni, conciosiachè può dirsi che, stando ai soli generali principii del diritto, quasi tutte le cause si potrebbero sostenere: per esempio è assioma generale di diritto che la falsa causa non vizia il legato, ma se la causa è efficiente, tale cioè che senza di essa il testatore non avrebbe così legato, la disposizione non si sostiene: ora se un testatore credendosi debitore del legatario a scarico della propria coscienza, mosso da errore ad esso lega quanto crede dovergli, avrà luogo non la regola, ma la limitazione di quella. Altro errore poco perdonabile, al secolo illuminato in cui viviamo, è quello di attaccare con villanie l'avversario. *Rationibus non jurgiis pugnandum est,* dice Valentiniano nella

Leg. 6. *Cod. de postulando*, anzi mostrano di conoscersi ben poco dalla ragione assistiti quelli che si attengono a modo simile nel difender le cause. *Parce lauda*, dice Seneca, *parcius vitupera*, *Parce lauda*, perchè se avendo profusi elogi all' ingenuità e dottrina dell'avvocato avversario, venisse poi l'incontro di ribattere quanto falsamente, o con errore avesse esposto, sarebbesi nella necessità di porre in contraddizione se stesso: d'altronde la smodata lode in bocca dell'avversario, sospetta diviene di acre ironia; *parcius vitupera*, perchè ciò non deve farsi se non quando lo esige la necessità della difesa, ed in tal caso devesi ciò eseguire con nobiltà di animo, senza discendere alle ingiurie vili, ed alla scurrilità.

Come è certo che gravemente manca alla giustizia quel legale che imprende la difesa di una causa ingiusta, o con malizia, o con ignoranza crassa colpevole induce a transigere quel cliente che era da tutta ragione assistito, e perciò è tenuto a rifondere alla parte tradita i danni e le spese. *S. Tomm. quaest.* 73. *a* 3, Così comunemente si ritiene che possa patrocinare le cause che molta dubbiezza, e pericolo presentano, ma in tal caso deve prevenirne il cliente, e se questi poi persiste non ostante nel voler litigare, e sia soccombente, non avrà ciò ad imputare che a se stesso. Che se in merito ha torto il cliente, ma ragione in ordine, benchè a stretto rigore di gius potesse esser difeso, pure nol consente delicatezza. Infatti se il reo convenuto è debitore semplice e puro dell'attore, il sarà meno perchè questi invece di scegliere la via ordinaria, alla esecutiva si attenne, oppure in generale mancò a qualche solennità nella tela giudiziaria prescritta? Io lo difenderei solo nel caso che avvisato il creditore dello sbaglio, e chiesta quella dilazione, di cui avrebbe goduto il

reo, se si fosse dall'attore osservata la forma di giudizio, si ostinasse quegli a negarlo, e intanto proceder volesse, a danno del reo, nella sbagliata procedura giudiziale. Così se chiaro fosse non competere al reo la proprietà di un fondo, a che far lunga lite per mantenersene al momentaneo possesso? Se nel decorso della causa appresa da prima per buona, si viene a scoprire che tale non è o per documento nuovo scoperto, o per esame di più contesti testimonj maggiori d'ogni eccezione, o per altro modo, deve il legale cedere alle circostanze, ed abbandonare la causa; non però mai come alcuni hanno pensato porsi alle difese della parte avversa. Egli è vero che a norma della *Leg. Si venditor* 6. *ff. de servis exportandis Sapientis est suum in melius reformare consilium: Suam cum Papiniano mutare sententiam*: è del uomo probo il cedere all'evidenza di nuove ragioni, e l'abbandonare chi nell' informare cercò tradir l'avvocato, e invece tradì se stesso. È parimenti vero che lo stesso Pretore, o Giudice, giusta la *Leg. quod jussit* 14. *ff. de rejud.* sovente revoca per validi motivi ciò, che prima avea accordato: finalmente è pur vero che la *Leg. ult. ff. de postulando* permette al tutore di assistere in giudizio il proprio pupillo in quelle cause stesse, nelle quali arringato aveva come avvocato contro il padre dello stesso pupillo: ciò non ostante benchè non possa negarsi che l'uomo onesto si deve ricredere da un errore da cui fu preso, o cedere alla forza di più convincenti ragioni pure non ne viene la conseguenza che debba poi rivolgere le armi contro quello stesso, che si gettò pieno di confidenza nelle sue braccia onde esser difeso. L'uomo senza necessità non deve porsi in istato di contraddizione, e quello che è più, avventurarsi al pericolo di manifestare i segreti arcani delle cause, che il cliente dap-

prima gli affidò, e di valersene contro il medesimo; così poco conviene l'arringare pro, e contro una stessa persona benchè in cause diverse.

A questo proposito si è agitato il dubbio, se un donatore potesse revocare la propria donazione a causa d'ingratitudine, per avere il donatario assunto contro di esso la difesa di qualche causa. Il Gaillo nella osservazione 88. n. 6. abbraccia l'opinione affermativa. Io però riterrei la negativa, mentre se si considera il gius romano, prescrive questo le cause d'ingratitudine per cui può revocarsi la donazione, e fra queste non si annovera quella di cui ora si fa menzione, e se si ha riguardo al Codice Estense, questo non ammette, è vero, cause speciali per simile revoca, ma però dispone nel *Lib.* 2. §. 16. *tit.* 12. che non debba aver luogo la revoca della donazione, se non quando l'ingratitudine sia grave, appensata, e congiunta con dolo malo. Ora chi esercita la propria professione che è un uffizio pubblico, potrà dirsi che delinqua contro la virtù della gratitudine?

Dopo tutto ciò che abbiamo veduto essere essenziale per l'avvocato, non deve questi trascurare neppure ciò che è di decoro, e consiste nell' avere un nobile esteriore contegno, una polizia non affettata quale all'uomo saggio, e grave conviene. Quell'avvocato che si lasciasse tutto giorno in pubblico vedere scioperatamente a qualsiasi spettacolo, alla crapola, ai divertimenti, o quegli che versasse in cinica sordidezza mal provederebbe al proprio concetto non che indirettamente anche al proprio interesse.

Vir bene vestitus pro vestibus esse eruditus
Creditur a mille, quamvis idiota sit ille;
Si careat veste, nec sit vestibus honeste,
Nullius est laudis quamvis sciat omne quod audit.

L'errore dell'avvocato non pregiudica al cliente, come chiaro dispone il testo della *Leg.* 2. *Cod. de error. adv. Errores eorum qui desideria, idest preces subscribunt, veritati praejudicium afferre non posse manifestum est*; nè osta a ciò la *Leg.* 1. *Cod. eodem* così concepita: *Ea quae advocati, praesentibus iis quorum causae aguntur allegant perinde habenda sunt ac si ab ipsis dominis litium proferantur*, mentre con quella parola *praesentibus iis* fa conoscere che contempla detta legge il caso in cui la parte presente, tacendo, approvi quanto il suo legale espone, quando però non lo contraddice nel termine di tre giorni, come chiaramente risulta dall'altra legge terza del medesimo titolo.

In forza della regola di gius *consilii non fraudolenti nulla est obbligatio L.* 47. *ff. de Reg. Juris*, l'avvocato non è tenuto se per errore di fatto o di gius, o per sola imperizia nuoce al cliente, ma se ciò succede per dolo, malizia, o colpa lata è tenuto alla rifazione dei danni, e delle spese, come si disse, e può punirsi anche straordinariamente come prevaricatore *L. praevaricationis* 3. *ff. de praevaricat* §. 3. *quod si*, tutti in ciò sono d'accordo i Giureconsulti; il difficile sta nel definire con aggiustatezza in che consista la colpa lata dell'avvocato. Alcuni con Baldo hanno detto consistere nell'ignorare i principii del gius, non già le limitazioni loro. Altri hanno distinto il gius certo, determinato, finito che non può ignorarsi, dall'incerto, oscuro, indeterminato. Paolo nella *L.* 223. *ff. de verb. signif.* definisce questa colpa, *latae culpae finis est non intelligere id quod omnes intelligunt.* Dietro a ciò può dirsi che l'avvocato è responsabile se non ha istrutto come doveva e poteva il processo, o se ha ignorato il gius certo determinato e finito cui la causa si appoggiava. Egli è vero

che a norma della *L.* 1. *Cod. ut quae advocat. part. desunt.* deve il Giudice supplire, ove manchi il difensore, ma ciò intender si deve relativamente al diritto, giacchè in quanto al fatto il Giudice, come si vide, deve stare a quello che in processo è provato.

Anticamente gli avvocati non avevano onorario: in seguito invalse a poco a poco l'uso di compensarli a norma delle fatiche loro, dell'entità delle cause, e della consuetudine del foro; e ne attesta Tacito ne' suoi annali al lib. 11. che l'onorario degli avvocati era limitato a cento Zecchini d'oro *L.* 1. *in honorariis ff. de extraord. cognit.* Noi abbiamo le tasse Estensi, oltre le quali non è vietato agli avvocati di gradire le elargizioni dei clienti. Per conseguire i loro onorarj hanno gli avvocati l'azione parata, ed hanno diritto di ritenere, finchè siano soddisfatti, i recapiti delle parti, locchè però non è pacificamente abbracciato, limitando alcuni questo diritto al solo caso di rimborso delle spese *Voet ad Pand. tit.* 1. *lib.* 3. §. 7. Se un avvocato pattuisce con qualche famiglia un annuo onorario, e muoja in pendenza, hanno gli eredi diritto di percepire l'intera annata, mentre non fu per di lui colpa se non prestò l'intera sua opera annuale *L.* 1. §. *divus Severus ff. de extraord. cognit.* Ha diritto all'onorario l'avvocato anche qualora tratta una causa propria, e se questa fosse comune ad altri, come per esempio a coeredi, e consocj, può pretendere di essere *pro rata* dai medesimi soddisfatto *Voet. loc. cit.*

Se e quando possa essere testimonio l'avvocato nella causa del suo cliente, il vedremo al titolo dei testimonj: ne tratta diffusamente il *Mascard de probat. volum.* 1. *conclus.* 66.

Il procuratore è quegli che = *Aliena negotia mandato domini administrat* = *L.* 5. *ff. de Procura-*

toribus: se gli affari affidati sono litigiosi, dicesi procuratore giudiziale, diversamente stragiudiziale. Il procuratore generale s'intende destinato anche agli affari contenziosi, a meno che in questi non si ricercasse un mandato speciale.

Un procuratore non può sostituire a se stesso un altro, quando non gli sia stata nel mandato conferita tale facoltà, senza rendersi responsabile degli atti del suo sostituto, oppure qualora non abbia un mandato *in rem propriam*, come sono i cessionarj, i promissori d'indennità, di evizione, i rilevatori, ed in generale tutti quelli che si presentano in giudizio a nome altrui, ma in cause tali, in cui tutto il danno, o l'utile dell'esito delle medesime sta rispettivamente per essi loro, e ciò prima di contestar lite: dopo però la contestazione della lite, siccome il procuratore colla medesima, a differenza dell'avvocato, diventa *Dominus litis*, così allora può sostituire a se stesso altro procuratore; per la medesima ragione, non può essere revocato dal mandante senza legittima causa, e mai poi senza che sia sostituito altro procuratore. *Cod. Est. lib.* 1. *tit.* 11. §. 12.

Fatta la scelta del causidico, tutti gli atti s'intimano al medesimo, e se la parte gli rivocasse il mandato senza accordarlo ad un altro, si continuerebbe la lite in contraddittorio, o in contumacia del primo. *Cod. Pat. lib.* 1. *eodem*.

Il Giudice ad istanza della parte, ed anche *ex officio* può chiedere al procuratore la legittimazione della persona, mentre la mancanza del mandato renderebbe per gius comune totalmente nullo il giudizio, e perciò il procuratore è tenuto ad esibire il mandato, e non potendo per qualche impedimento ciò fare, oppure esibendone uno meno solenne, può ammettersi a dar cauzione di esibirlo prima della sentenza, e ciò all'oggetto di poter procedere *ad ulteriora*.

Si è dubitato se gli atti nulli per sè, comecchè fatti da uno senza mandato, possano ratiaversi col susseguente mandato, e ciò dietro la legge 16. *ff. de Judiciis*. Se si tratta degli atti anteriori a sentenza, tutti stanno per l'affermativa difesa dalla *L. licet* 56. *ff. de judiciis:* il dubbio è maggiore, proferita che sia la sentenza: teoricamente si ritiene la negativa da Fachineo, da Perezio, e da molti; ma in pratica la prodotta del mandato ratifica tutti gli atti antecedenti, non esclusa la sentenza, quando solamente dopo questa siasi opposta la carenza del mandato, *Gaillo lib.* 1. *observat.* 47. *Postius de manutent. observat.* 86. Tante volte basta il mandato tacito, quando cioè si presenta in giudizio la parte col procuratore, lo vede agire, tace, acconsente, e più poi deposita le spese: altre volte basta il mandato presunto: su questo non può darsi regola abbastanza precisa, e generale dipendendo ciò dalle diverse circostanze di cose, o di persone: potrebbe servire di mandato talora la prodotta dei documenti. *Mascard de probat. conclus.* 1009. *Vol.* 2. *Menoch. de praesumpt. lib.* 2. *praesumpt.* 34., segnatamente quando siano tali, che non si possano aver avuti che dal cliente, *de Luca de judiciis disc.* 6. *N.* 6; la parentela in linea ascendentale, e discendentale in infinito, in obliqua fino al quarto grado, la qualità di marito, di consorte in lite, di socio, massime dopo la contestazione della lite, e simili cose, possono bastare pel mandato presunto *L. sed. hae* 35. *ff. de Procur. L. erigendi* 12. *Cod. eod. L. commun. Cod. de consort. Voet ad Pand. lib.* 3. *tit.* 3. §. 11. Presso noi chiunque è ascritto all' *albo* de' Causidici esercenti, ha il mandato presunto: molto in questa materia si deferisce all' arbitrio del Giudice. Alle volte però il mandato da presentarsi deve offrire la qualità di specialissimo, come allorchè

si tratta di rispondere a posizioni, di dare un giuramento decisorio alla controparte, di prendere il termine *in confesso*, di rinunziare alla lite, e simili atti; l'interesse stesso, e la garanzia del procuratore lo esigono.

Il gius Canonico al capo primo *de Procuratoribus* non ammette a quest' uffizio i minori di 25 anni: secondo il gius Comune la cosa è di grave dubbio, e tien divisi i Giureconsulti; in teorica pare debba ammettersi alla procura anche il minore, purchè maggiore d'anni 17. *Leg.* 1. *ff. de postulando:* in pratica però sono esclusi i minori dal foro: veggasi l' Arprecto nelle istituzioni al titolo *de iis per quos*, ed il Perezio, e l' Annoldi a questo titolo. Presso di noi devono i procuratori presso i Tribunali aver compiti gli anni 25, come si vide.

Si quistiona pure se nelle cause che producono infamia possa costituirsi procuratore: l' Unnio, il Menchenio ed altri ritengono di no, ma noi stiamo per l' affermativa non solo sull' appoggio della Legge 1. *ff. an per alium*: ma anche perchè non ci si addita legge nel corpo del gius che ciò proibisca.

Il procuratore deve assistere la parte anche nel giudizio di riconvenzione, contro il parere del celebre Donello. La comune dei pratici ha abbracciata l' affermativa col favore della legge 33. *ff. de procuratoribus.*

Siccome nascono molte quistioni nel foro sulla estensione del mandato, così è cauta cosa nel medesimo, benchè generale, l' esprimere diversi di quegli atti, che lo esigono speciale, cioè l'assunzione, o delazione del giuramento, la ricognizione del carattere, la restituzione in intiero chiesta principalmente, e non incidentemente, produrre posizioni ec: come si disse. Finalmente è ottima

cosa il munire il mandato delle clausole *cum plena et libera, et ut alter ego*: *Afflict. decision.* 35. *N.* 1. Il mandato *ad lites et causas* cessa, come gli altri mandati, de'quali diffusamente ragioneremo al titolo relativo: se però manca il mandante, dopo la contestazione della lite, continua ad agire il procuratore fino alla sentenza, perchè *est dominus litis*.

L'attore è quegli, che dal tutore, o curatore impedito per qualche causa ad assistere in giudizio il pupillo, od il minore, vien nominato prima della contestazion della lite a farne le veci, mentre prima di tale contestazione non essendo i tutori e curatori padroni della lite, non potrebbero nominare un procuratore *Leg.* 11. *Cod. de Procurator*: quasi nullo è in oggi l'uso di questo attore nel foro.

Il difensore è quegli, *qui sine mandato domini judicium pro reo suscipit*, *L. filius familias ff. de procurator. et defensor.* Siccome a differenza del procuratore viene in giudizio senza mandato, così deve prestar cauzione *judicatum solvendo* e *de rato*, se venga convenuto il reo con azione reale: così la *Leg.* 40. §. 2. *ff. de Procur. sed et eo qui quasi defensor in rem actione convenitur praeter solitam satisdationem judicatum solvi, etiam de rato debet cavere.*

Il curatore *ad lites* è quello, che viene destinato dal Giudice a rappresentare in giudizio quella persona che è priva dell'amministrazione dei proprj beni, talchè non può in giudizio difendersi, e d'altronde non è provveduta di legittimo tutore, o curatore; tutto ciò che si è detto rapporto al procuratore ha luogo pel curatore, con questa differenza, che il primo è nominato dalla parte, il secondo dal Giudice. Nel nominare il curatore *ad lites*, il Magistrato segue le norme e regole colle

quali vedremo dover procedersi alla destinazione di un tutore, cioè preferisce la madre, o l'avia se esistono, indi gli agnati, dopo i cognati, e gli affini, ed in ultimo sceglie quell'estraneo che presumibilmente può conoscere gli affari di quello, cui vien destinato in curatore. Non essendo questo un incarico pubblico non può costringersi il nominato ad accettar la cura, a meno che non sia un legale. Il curatore deve giurare di difendere i diritti della persona, cui si destina, e benchè non sia tenuto regolarmente a dar cauzione, pure resta soggetto ai danni, ed agl'interessi a favore dell' amministrato, come tutti gli altri legittimi tutori, curatori, od amministratori, non che all'ipoteca tacita legale su tutti i suoi immobili presenti, e futuri.

Il notaro, che altre volte dicesi attuario, segretario, scriba, cancelliere, scrineario è quegli che riceve, ordina, e scrive in idioma italiano, presso di noi, gli atti del giudizio, notandovi il giorno preciso, in cui furono prodotti. Da principio si attitarono i giudizii a viva voce: crescendo però le liti a dismisura, rendendosi più complicati ed involuti i fatti, si resero i giudizii più difficili, e non bastando la memoria delle parti a tutte ritenere le deduzioni, azioni, l'eccezioni, fu forza il ridurre in iscritto gli atti del giudizio. In diritto non è vietato ai Giudici lo scrivere essi stessi gli atti del Giudizio; siccome però Innocenzo III. stabilì che non si avesse fede alcuna agli atti di quel giudizio contro cui militassero eccezioni, quando d'altronde non costasse del contrario, così i Giudici per togliersi al pericolo di tali censure, cessarono dallo scrivere essi stessi gli atti del giudizio.

Nel diritto Canonico Innocenzo III. al capitolo 2. *de probationibus*, non esige che sia notaro quegli che riceve tali atti, bastando che sia persona proba

ed onesta: presso noi però regolarmente l'attuario deve aver subito l'esame sì teorico, che pratico di notariato; bisogna poi distinguere l'attuario, ossia cancelliere, dal notaro che redige in iscritto, e si roga degli atti umani fra vivi, o a causa di morte; il primo basta che conosca le leggi, che riguardano l'ordine, il giudizio, ma il secondo deve avere esatta cognizione di tutte le leggi regolatrici degli atti suddetti fra vivi, o a causa di morte: l'uffizio di quest' ultimo è pubblico, ed onorifico, e viene dalla *Leg.* 1. *Cod. de mandat. Princip.* annoverato fra le dignità.

Il cancelliere è tenuto alla rifazione dei danni che provenissero dal fatto suo doloso, o colposo; se per esempio per dolo, o malizia ritardasse a registrare un' istanza, o una diffidazione per affitto da sciogliersi, e si compisse una prescrizione, o succedesse una tacita relocazione, dovrebbe al leso rifondere ogni danno, spesa, ed interesse: sarebbe reo di falso, se nel ricevere gli esami de' testimonj scrivesse più o meno di quanto depongono, o se nell' estradar copie non fosse fedele all' originale. Non può poi pubblicar atto alcuno, od estradarne copie senza permesso del Giudice; senza di questo per altro può certificare di ciò che è in giudizio seguito.

Esso contrassegna sempre la firma del Giudice. Se qualcuno dei litiganti non ha confidente l'attuario per gli esami che occorressero nella propria causa, può col solo giurarlo sospetto, senza addur causa alcuna, farne la ricusazione, a differenza del caso di suspicione sul Giudice, il quale, come vedremo a suo luogo, non può ricusarsi, che allegando una causa giusta dalle leggi ammessa. Il cancelliere può intimare alle parti, o loro procuratori, ed avvocati le istanze, le citazioni, e gli si ha piena fede in giudizio, purchè noti negli atti la seguita

intimazione. Quì è d'uopo avvertire due abusi, che in pratica recano grave danno; il primo è che alcuni attuarj in vece di annotare l'intimazione di atto fatta a qualche procuratore, si contentano di ciò esprimere con una croce, oppure con due ff. Avendo quindi parte in un atto più procuratori, tante volte succede, anche per solo sbaglio, che quel segno si riferisce ad uno, cui non è seguita l'intimazione, e tanto più facilmente ciò accade in quanto che il più delle volte non si fa dalla mano stessa dell'attuario, ma bensì di qualche scritturale, che pur senza volerlo facendo diversi di questi segni, li appone talora a danno di chi non vide mai l'atto medesimo; ottima cosa sarebbe, che il procuratore intimato dovesse firmar l'atto che gli s' intima; il secondo abuso è di non tenere in pari, e di non chiudere di giorno in giorno il protocollo, quel libro cioè, che contiene la sommaria annotazione degli atti, che si sono fatti nel giorno, dal che ne avviene talora, che un appello serotino, dato cioè dopo il lasso dei termini legali, si può annotare come presentato in tempo abile, non senza gran danno dell' altra parte.

Per ogni sua mancanza è tenuto alla rifazione dei danni, ed è soggetto al sindacàto. *Cod. Pat. Loc. cit.*

Il messo, o nunzio, è quello che intima gli atti alle parti, ed eseguisce gli ordini del Giudice: alle relazioni di costui si presta piena fede in giudizio; ma però non è tolto in diritto di farne costare la falsità; anzi se si trattasse di relazione riguardante fatto d'una terza persona, non gli si avrebbe fede, quando questo terzo impugnasse la verità del riferito: per esempio, riferisce un messo che Tizio si è costituito vocatario degli effetti mobili in odio di Cajo sequestrati: Tizio il nega: in questo caso è inefficace la relazione del messo, quando

d' altronde non sia da prove amminicolata: veggasi la decisione del Supremo Consiglio 19 luglio 1820 Piazza con Castagni: esso è strettamente tenuto alla rifazione di ogni danno cagionato da negligenza, imperizia, colpa, o dolo.

TITOLO V.

DELLE PERSONE, CHE ACCIDENTALMENTE PRENDONO PARTE NEL GIUDIZIO.

Quegli che è tenuto o per legge, o per convenzione a difendere altri dalle molestie, che gli vengono da un terzo inferite, può talora esser citato a quella difesa, od anche può comparire spontaneo a quest' oggetto nel giudizio fra i primi due pendente. Così il venditore per legge è tenuto a prestar l' evizione: così per patto il rilevatore è obbligato mantenere indenne chi ad altri fece sicurtà, e venne dal medesimo rilevato dalle molestie, che da un terzo potesse soffrire: queste persone vengono generalmente sotto il nome di Garanti. È dubbio se quegli, che a proprio favore ha un tale garante possa citarlo a difesa in qualunque stadio di giudizio, oppure se in prima istanza soltanto, *Berlich. conclus.* 24. *N.* 80. *Leg.* 29. *ff. de evict.* §. 2. pare però adottabile quest' ultima opinione, perchè il garante non deve privarsi del beneficio dei tre giudizj, e perchè talora, o in prima, o in seconda istanza, potreb' essere stata la causa pregiudicata in modo da non poter ripararsi il danno in ultimo giudizio. Certo è però, che il garante, il quale spontaneo venga al giudizio, può comparire in qualsiasi stato del medesimo. Tanto chi chiama altri a difesa, quanto quello che spontaneo a questa si offre, deve esibire al Giu-

dice almeno un fumo di prova del proprio interesse, altrimenti sarebbero rigettate dal Giudice le di lui istanze, mentre nè si deve permettere che uno indebitamente sia trascinato in un giudizio, nè che altri senza ragione venga a procrastinare quello, che è fra due pendente.

Il garante deve sempre dedurre le sue ragioni nanti il Giudice della causa principale, benchè ancora fosse munito di qualche privilegio di foro: *Leg. Nam si* 1. *Cod. ubi in rem*: *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 4. §. 7.: che se comparisce poi allorquando fosse dal Supremo Consiglio decisa la causa principale, non sarebbe ascoltato, a meno che non ottenesse dal Sovrano, o la restituzione in intiero, o l' aperizione di bocca di cui parleremo a suo luogo. *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 1. §. 37. Se il garante forestiere è citato a difesa, non è tenuto, qual reo convenuto, alla cauzione *de judicio sisti*; al contrario se viene spontaneo, mentre allora veste la qualità di attore, e l' attore forestiero che non possiede beni stabili in giurisdizione del Giudice adito, deve cautare il giudizio.

Se il chiamato a difesa contesta lite coll' attore principale, ambe le cause si decidono con una sola sentenza, ma se contende di non essere tenuto all' opposta garanzia, può il Giudice ultimare il primo giudizio, ritardato quello di chiamata a difesa: dopo la contestazione della lite, tutti gli atti fatti fra l' attore ed il reo principale giovano e nuocono al terzo chiamato a difesa, e viceversa. Fu questione se il reo convenuto principale dovesse assolversi dal giudizio, dietro la chiamata del suo autore; stando però alla *L.* 1. *Cod. ubi in rem actio*, non è dubbio che debba ritenersi la negativa. Alle volte accade, che mentre arde disputa giudiziale fra due persone, comparisce un terzo onde aver parte a simile giudizio, e si disputa quindi dai

forensi se, e come debbasi ammettere nel giudizio. Il dubbio primo facilmente si scioglie coll' affermativa *de Luca de Judiciis, disc.* 17. segnatamente poi quando pruovi questo terzo di avervi, come dicono i pratici, un tal qual interesse. Il punto più astruso in gius Comune si è di vedere, se questo terzo possa ritardare il corso al giudizio in modo che il Giudice debba poi decidere la controversia con un solo decreto, ovvero se debba proseguire il giudizio dai due primi litiganti incoato, salvo il gius del terzo da sperimentarsi in altra sede di giudizio. Il Baldo seguito dall' Alciato, dall' Afflitto, dall' Ursiglio, dal Menochio, ed altri forensi sulla *Leg. bona fides ff. depositi* sostiene, che *una sententia omne negotium finiendum est;* altri col Covarruvias *Cap.* 14. *Practic. quaest.* e la Rota Romana all'appoggio della *Leg.* 17. *ff. de rei vindicat.* ritengono il contrario; il Patrio Codice *lib.* 1. *tit.* 4. §. 9. abbracciando la distinzione dei migliori Giurisprudenti ha fra noi tolto il dubbio col decidere, che se il terzo che sopravviene in causa tende a coadjuvare una delle parti litiganti, si ammette nello stato, in cui si trova la causa fra i due primi, dietro il disposto nel sesto delle decretali *cap. fin. ut lite pendente*; ma se viene per escludere l' intenzion loro, deve quanto ad esso ripigliarsi la causa da principio, e spedirsi rispetto agli altri litiganti a loro piacere, salvi i diritti del terzo sopravveniente: questi dicesi interessato in causa. Cerca, a cagione di esempio, di escludere l' intenzione di ambe le parti quegli che, pendendo lite fra due sulla proprietà d' un fondo, comparisce e pretende che l' azione da altri promossa ad esso solo competa, *Leg. ubi* 34. *ff. solut. matr.* onde ad esclusione dei due primi litiganti venga a se stesso il fondo aggiudicato: coadiuva una parte quel venditore, che

viene per difendere contro l'evincente il compratore del fondo; quel legatario, che si unisce all' erede per difender la validità del testamento: *Leg.* 14. *si haeres ff. de appellat.* Può l'interessato in causa comparire anche a semplice tutela de' suoi diritti, come l'usufruttuario di un fondo, la cui proprietà sia fra due contestata, onde da chiunque vinca sia rispettato il suo usufrutto.

Deve l' interessato in causa comparire in quel foro, ove si agita la medesima, e può intervenire in qualsiasi stadio del giudizio, purchè sempre si addimostri al Giudice l' interesse legale, che ha di prender parte al medesimo *Cravet. cons.* 14. *n.* 5, e se è forestiere, non possidente beni in giurisdizione, deve cautare il giudizio. I Piemontesi, ed i Sardi ne sono esenti in forza della convenzione del giorno 18 Gennaro 1817, per reciprocità di trattamento. Se anche la causa principale si trattasse nanti un Giudice delegato, potrebbe il terzo intervenire *Leg. nulli* 10. *ff. de judiciis.* Questo intervento in causa può aver luogo anche dopo la prolazione della sentenza *Leg. si parentes vestri* 20. *Cod. de evict.*

Tutti gli atti che seguono fra i due primi litiganti, devono essere anche al terzo interveniente in causa intimati, altrimenti non potrebbero al medesimo nè giovare, nè nuocere.

Sovente ancora accade di chiamare in giudizio terza persona, non per costringerla ad agire, e per dichiararne in caso la contumacia, o farla condannare, ma solo perchè assista al giudizio, qualora il creda di suo interesse, e perchè non abbia un giorno ad opporre di non essere stata chiamata ad un giudizio, cui poteva avere interesse, e non abbia a dire, che in esso non si è usata tutta la diligenza possibile per l' esito migliore: egli è per questa ragione, che il possessore d'un fidecommesso, d'un gius patronato, avendo molestie da un terzo,

chiama in giudizio il successore nei beni di fedecommesso, o di gius patronato, onde volendo possa assistere al medesimo, e non abbia un giorno a convenirne gli eredi pel titolo di negligenza, nel difendere i diritti fedecommissarj o di gius patronato.

PARTE TERZA

FORMA DEI GIUDIZJ ORDINARJ.

L'ordine del Giudizio ordinario esige essenzialmente Libello, Citazione, Contestazione di lite, Istruzione di causa, ossia prove e riprove, e Sentenza: di tutto questo ci occuperemo nei seguenti titoli. Sono tali atti così essenziali alle forme del Giudizio, che la mancanza anche di un solo ne porterebbe nullità.

TITOLO I.

DEL LIBELLO, E DELLA CITAZIONE.

Libello è un diminutivo di libro *L. 1. ff. de tab. exib.*, e si definisce, = *Brevis scriptura claram continens actoris intentionem, & genus futurae litis demonstrans* = *L. edita Cod. de edendo.* Secondo l' autentica *Offeratur Cod. de litis contest*: molte solennità si ricercavano per la validità del libello: oggi presso i Tribunali è invalso il disposto della Clementina *Saepe de verb. signific.* in forza di cui basta il produrre, come dicono i pratici, una tal quale semplice petizione, che chiaramente porti l' intenzione dell' attore contro del reo; lo che è consentaneo anche alla nostra Legge *Lib. 1. Tit. 6.* §. 1. Questo Libello, che in giudizio civile chiamasi di *convenzione*, ed in criminale di *accusa*, dovendo mostrare l'immagine, e la forma della lite

futura, sicchè possa il reo conoscere di quale cosa si tratta, in quale specie di lotta s' impegna, e qual modo usar debba per difendersi contro la pretesa dell' attore, dev' essere composto di tre parti, cioè 1.° Della narrativa del fatto *L. si in rem ff. de rei vind. L. in actione ff. de furtis;* imperciocchè senza che si esprima la cosa, od il fatto che si chiede, non può sapere il reo se sia o no per quello obbligato. 2.° Della causa di conchiudere §. 1. *Instit. de action.* essendo nulla l' azione, se non deriva da certa designata causa. 3.° Della conclusione, mentre da questa tutta ripete il libello la propria forza, dichiarandosi così la vera intenzione dell' attore; però potrebbe essere composto anche di sole due parti, cioè della narrativa e della conclusione, soppressa la causa di concludere, che chiaramente risulta dal disposto delle Leggi; ma in ogni modo pur sempre, presentar deve il libello una forma sillogistica.

Il libello è la base del giudizio, onde si vede quanto importi il non poggiare un edifizio sopra labile fondamento. Tutto principalmente si riduce all' ordine, alla brevità, ed alla chiarezza. La mancanza dell' ordine producente confusione, ed il difetto di ciò che è essenziale, generano oscurità, il che è contrario al disposto del §. *nos igitur. Auth. de testam. imperfect.* e rendono nullo il libello; la prolissità, ed il superfluo, oltre che sono cagione sempre di oscurezza, annojano, e sono in odio alla legge, *L. ampliorem* 39. §. *in refutatoriis Cod. de appellat.* e quindi debbonsi sfuggire nella composizione del libello. Questo deve portare l'indicazione del nome e cognome, della patria ed abitazione dell'attore, onde il reo conosca la persona con cui deve contendere, così pure, deve farsi intorno al reo, perchè uno per un altro non venisse citato; deve esprimere la cosa che si chie-

de, il diritto o la legge per cui si chiede, ed il Giudice'nanti cui si ha a comparire *Quis, quid, coram quo, quo jure petatur; & a quo.*

Molti dubbii si muovono sul libello.

Se debba esprimersi nel medesimo il nome dell' apposita azione che s'intenta, per esempio l'azione *venditi, depositi, mutui ec.* Il Vinnio nelle sue partizioni del diritto è di opinione negativa, mentre dalla causa, o dal diritto di chiedere facilmente si deduce l'azione che s'intenta, se anche non è esplicitamente nominata; così la sente con molti classici il Gaillo *observat.* 61. *lib.* 1. e così dispone il gius Canonico *Cap. dilecti de judicat.* Secondo il nostro Codice l'attore colla prodotta del libello s'intende avere intentata qualunque a-zione al medesimo competente *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 6. §. 1.

Se si ammetta un libello alternativo concepito disgiuntivamente; in generale sta la negativa appoggiata alla *Leg.* 7. §. 4. *ff. de injuriis:* in alcuni casi però si ammette, quando sia in arbitrio del reo il prestare o l'una, o l'altra delle cose chieste: p. e. quando si cita uno a pagare, o a dare sigurtà; quando si cita a prestare una di due cose all'attore disgiuntivamente legate da un testatore, nel qual caso, come è noto, l'elezione sta a favore dell'erede reo convenuto; quando si chiede o la restituzione del commodato, od il prezzo della cosa commodata, che più non fosse in essere per colpa del commodatario, e simili.

Se si possa emendare, o cambiare il libello: prima della contestazione della lite l'affermativa non ha opposizioni. La quistione, dice il Vinnio, *plusculum difficultatis habet* dopo la contestazione della lite: sta per l'affermativa il §. 34. *Instit. tit. de action. lib.* 4., favorisce la negativa la *Leg.* 23. *ff. de Judiciis.* Tutto concilia una distinzione,

o l'emenda del libello cambia l'azione principale, e non può assolutamente farsi, ma in tal caso, rifatte dall'attore al reo le spese, devesi cominciare nuova lite; o questa emenda risguarda cose indifferenti alla sostanza del libello, ed allora è ammessa, particolarmente poi quando l'attore restringa la sua domanda; che se finalmente le cose che si vogliono togliere, od emendare nel libello portano danno positivo al reo, od il privano di qualche vantaggio, l'emenda, o la correzione non è permessa. *Leg.* 9. *Cod. de liberali causa.*

Fu pure quistione, se si potesse cumulare più azioni in uno stesso libello: appoggiano l'opinione negativa le *Leg. cum filius* 76.§.*pen. ff. de legat.* 2. *L. qui servum* 37. *ff. de obblig. et act. L. singulis* 6. *ff. de excep. rei judicat.* ma non ostante è invalso in pratica il contrario, dietro la *leg. si idem cum eodem* 11. *ff. de jurisdict.* e dietro il disposto del gius Canonico *Cap. cum dilectus* 6. *extra, de causa possess. et propriet.* anche quando quelle azioni per diverse cause, a diversi oggetti si riferiscano, e si considera un complesso di tanti libelli, quante sono le azioni intentate, ovvero quanti i fatti narrati *tex. in leg. scire debemus ff. de verborum oblig:* ed altrettante sono le sentenze le quali debbono essere proferite nel medesimo tempo. *Tex. in leg. etiamsi patre ff. de min.* Egli è perciò, che si può unire il giudizio possessorio *adipiscendæ, vel recuperandæ* col petitorio, ma non però mai quello *retinendæ*, per l'implicita repugnanza, l'azione personale coll'ipotecaria, ove il reo sia peranche possessore della cosa ipotecata; ma devesi porre avvertenza di non unire insieme azioni tali, che le une distruggano le altre, come si vide, perchè nullo sarebbe il libello, giacchè intentata non avremmo azione alcuna. Si può anche con un solo libello chiamare più coobbligati o mediata-

mente od immediatamente per lo stesso titolo, come nel caso di più eredi di persona obbligata, o di più *correi debendi.*

L'imperizia di molti curiali, che diede luogo a libelli inetti, e quindi alla condanna degli attori nelle spese, introdusse la consuetudine d'inserire in quelli delle clausole che atte fossero a sanarne i difetti; la parola clausola viene dal verbo *claudo* quasi quel concetto che chiude, e convalida il discorso; si andò all'abuso nel caricare di clausole i libelli, e fra queste alcune sono pienamente inutili, e ad altre si ascrivono effetti, che a termini di ragione certamente non ponno produrre: muovono il riso anche oggi certi libelli, in cui veggonsi usate clausole, senza che se ne intenda il senso e la forza. Vediamo le principali.

Non ec. ma ec. si appone anche oggi al principio di quasi tutti i libelli: significa, che l'attore non intende esibire un solenne libello in forma, ma bensì una tal qual semplice petizione. Dall'aver detto che oggi basta produrre una dimanda qualunque, che chiaro dimostri l'intenzione dell'attore, risulta evidente l'inutilità di questa clausola.

Salvo jure emendandi: o si vuole emendare il libello nei modi e termini dalla legge permessi, come abbiamo veduto, ed è ridicolo l'usare una clausola per aver ciò che la legge accorda, o si pretende eccedere, e nulla giova tal clausola contro la disposizione della legge.

Deducendo ec. vale a dire implorando ogni diritto, ed azione più all'attore competente e proficua. A questa si attribuisce la forza di far ritenere, che l'attore abbia intentato ogni legale rimedio a lui più vantaggioso. Dacchè il Codice nostro dispose, che la prodotta del libello fatta dall'attore porterà l'effetto, che si abbia intentata qua-

lunque azione al medesimo competente, a che più serve questa clausola?

Non astringendosi ec., cioè non volendo essere soggetto all'onere di superflua prova; con questa, dicono i pratici, viene rilevato l'attore dall'onere di provare tutte le cose nel libello proposte, restringendo la prova a quelle, che necessarie sono alla vittoria. Noi col Baldo nella *Leg. non ideo Cod. de liberali causa* diciamo essere inoperosa clausola; infatti o l'attore manca nella prova della propria intenzione, e viene assoluto il reo ad onta ancora della replicata clausola *non astringendosi ec.*; o compie questa prova, e allora riporta vittoria, quantunque non fossero esattamente provate le cose nel libello accennate, che però non riguardano la sostanza dell'azione.

Senza pregiudizio ec. Riserva, dicono, i propri diritti, ed opera che le cose narrate, o fatte, s'intendono fatte, e narrate condizionatamente al proprio interesse, così che avessero a ritenersi per non fatte o dette, quando vi fossero contrarie. Si guardi però ciascuno dall'esprimere nel libello cosa al cliente contraria, e favorevole al reo convenuto, mentre nullo sarebbe lo scudo di questa clausola, come pure dell'altra *senza animo ec.*, vale a dire senza intenzione di ammettere cosa che sia, o possa essere dell'interesse della parte avversa.

In ogni ec., cioè in ogni altro miglior modo di ragione: opera questa clausola, che l'atto debba valere in quella qualsiasi maniera, in cui possa a termine di ragione sostenersi; così in dubbio si ritiene che l'attore abbia agito sì in petitorio, che in possessorio: leggasi l'Orsiglio e l'Afflitto alla decisione 327. questa clausola è utile in pratica.

Salvo il diritto di miglior calcolo ec., o salvo errore. Opera questa clausola, che evita la condanna nelle spese colui, che per avventura chiese più del dovuto. All' opportunità non è questa da trascurarsi.

Protestando delle spese, viaggi, danni, frutti, ed interessi. Questa clausola è utile, anzi necessaria, mentre precisivamente da dimanda dell'attore, non sarebbe condannato il reo nelle spese, nei viaggi, danni e frutti: questi ultimi se non sono previamente convenuti non vengono dal Giudice accordati, se non dal giorno della loro protesta, e dimanda in giudizio, o salvo il caso, che sieno dalla legge accordati, come succede sul prezzo non pagato degli animali.

Contento d'un solo pagamento. Oggi è poco usitata; impedisce la divisione fra più obbligati in solido, e rimove la difficoltà che nascer potrebbe dall' avere chiesto la medesima cosa due volte: veggasi *Tranch. decis.* 305.

Sulle quali cose tutte chiede che siagli amministrata giustizia. Molti pratici con esagerazioni attribuiscono a questa clausola la facoltà di sanare ogni difetto della petizione, la chiamano perciò *clausola salutare*, e l'assomigliano alla Betonica de' Medici che sana ogni morbo. Gli effetti principali che le si ascrivono sono: che il Giudice possa decretare anche su ciò, che nel libello non fu addimandato: che perciò la sentenza difforme dal libello sia valida: che salvi l'attore dalla condanna nelle spese per l'inettitudine del libello: che s'intenda per la medesima implorato ogni più proficuo rimedio, e vantaggiosa azione: finalmente che sostenga il libello inetto, sia per cumulazione d'azioni incompetenti, sia per la troppa generalità del medesimo. Non sono però da ommettersi le seguenti riflessioni. Non sussiste il pri-

mo effetto quando la cosa decretata dal Giudice non sia stata almeno implicitamente nel libello dedotta, e quando sia affatto dal libello difforme; il libello è sempre nullo quando è inetto, oscuro, o troppo generico; finalmente non regge l'ultimo effetto quando opposte sono fra loro le azioni dall' attore intentate; come per esempio sarebbe se una figlia chiedesse la legittima *ab intestato*, e collo stesso libello la dote *ex testamento*. Sulle clausole in generale si possono all'opportunità consultare Marta *de clausulis;* Muscatel *in praxis. Glossa petitur N.* 52. Oinotomi al *lib.* 4. *Instit. tit. de actionibus;* Scaccia, Maranta *de Judiciis*, Bertazzol *de clausulis*. Abbiamo in succinto scorso l'utile, ed il superfluo intorno alle clausole del libello all'oggetto particolare, che nello stenderlo non s'imitino molti curiali, che adoperano più diligenza nel caricarli di clausole, di quello che sia nell'esporre i fatti, da'quali emerge il diritto, con ordine, brevità, e chiarezza.

Conviene però avvertire, che non sempre s' incomincia una causa col libello di cui abbiamo tenuto discorso, ma talvolta ancora col mezzo d' un precetto, e ciò quando un pronto riparo si richiede alla difesa di un nostro diritto; ed in simile caso, esposto al Giudice il fatto, viene rilasciato il precetto, senza necessità di veruna prova contro colui, che si fece lecito di turbare il godimento dei nostri diritti; che se però fu la domanda orretizia, o surretizia, il precetto viene rivocato, e richiedendosi una qualche indagine sulla verità de'fatti esposti, si riduce *ad viam juris*, e dopo regolare processo, si pronuncia la sentenza.

Tali precetti d'ordinario hanno luogo, quando si fa uso di un qualche interdetto possessorio, quando occorre di astringere taluno a noi soggetto,

che si ricusa di ubbidire, a far ciò che gli venne comandato, o di astenersi da ciò, che gli venne proibito.

Alla validità di simili precetti, si esige quanto or ora vedremo circa la citazione. Si deve usare della comminatoria di una pena pecuniaria, che oltrepassare non può la somma di Modonesi L. 50. *Cod. Patr. lib.* 1. *tit.* 11. §. 19. se circostanze particolari non richiedessero maggior penale; a conseguire la quale fa di mestieri di una istanza pel motivo che il precetto esprime soltanto la comminatoria, e non porta la condanna.

Ottenutosi il certificato della non seguita conciliazione appiedi del libello che si produsse, lo si deve recare davanti il Giusdicente, o Tribunale, secondo ciò che si disse al titolo relativo, chiedendo sia intimato in copia al reo convenuto, e sia citato a comparire davanti il medesimo. Se il reo non fosse domiciliato nella giurisdizione del Giudice adito, ed ivi pur dovesse comparire per una di quelle ragioni per cui si sorte il foro, come si vide, dovrebbe citarsi anche ad eleggere in giurisdizione il domicilio, colla comminatoria che in contumacia sarebbero elette dal Giudice e confermate le scale del foro, ed ivi pel reo intimati gli atti successivi.

Se l'attore vuol desumere la propria azione da documenti o pubblici o privati, deve esibirli agli atti col libello, onde il reo possa averne copia, od almeno l'ostensione, per decidere quindi se gli convenga contendere, o darsi vinto. Con questa patria disposizione è tolta la disputa forense di quali documenti cioè dovesse al reo far edizione l'attore.

Colla copia del libello si cita il reo convenuto, e gli si assegnano sei giorni da quello dell'eseguita citazione esclusivamente, ne' quali deve rispondere

alla petizione dell'attore, produrre le proprie eccezioni in ordine, od in merito, ed anche, volendo, riconvenire l'attore.

Ora della Citazione: questa parola viene dal verbo *cieo*, *cies*, che significa chiamare: in tale sênso usolla Virgilio *Aere ciere viros, martemque accendere cantu*. La citazione adunque non è che una chiamata in giudizio, *in jus vocatio*, dicevano i Latini, e presso noi dicesi anche *Intimazione*. Questa citazione è base del giudizio, ed illegalmente fatta od eseguita, nulla vale, ed il giudizio senza citazione è nullo §. *ult. Instit. de paena temere litig.* I pratici, non che i teorici dicono essere la citazione di diritto naturale.. Si è dubitato, se la citazione faccia o no parte del giudizio, dicendo alcuni, che non vi è giudizio se non dopo la contestazione della lite; ma chi vieta chiamar parte del giudizio ciò, che precedere lo deve in modo che altrimenti non vi sarebbe giudizio? Nello stesso senso diciamo, che il vestibolo è parte dell' edifizio. Veggasi il Vinnio nelle sue partizioni del diritto a questo titolo.

La citazione si definisce = *Jussus judicis competentis quo reus ad petitionem adversarii in judicium ad certam diem vocatur* = la medesima è di cinque specie, *verbale*, *litterale*, *edittale*, *per proclama*, *reale*.

La *verbale* ha luogo nelle cause minori, quando il Giudice per mezzo del nunzio o del notaro a viva voce chiama alcuno davanti di sè senza formalità di giudizio.

La *litterale*, ossia *scritta*, che necessariamente ha luogo in tutte le cause che non sono minori, deve avere molti requisiti, tanto rapporto alla compilazione, che all'esecuzione.

Relativamente alla compilazione sono cinque: 1.° deve esser fatta per ordine del Giudice o Tribu-

nale competente *L. finali ff. de jurisdict. Cod. Pat. hoc tit.* 2.° Deve portare nome, cognome, e patria dell'attore, e del reo da citarsi, e più la firma dell'attuario. 3.° La copia della petizione, o generalmente la causa per cui il reo è citato. 4.° Il termine a comparire: presso noi, se questo non è espresso nella citazione, s'intende di tre giorni, non computato mai quello in cui si eseguisce la citazione, e neppure quello in cui spira il termine *Dies termini non computatur in termino.* 5.° Il luogo ove deve comparire il reo.

Rapporto all' esecuzione della citazione deve osservarsi: 1.° Che sia intimata dal nunzio pubblico, o dal notaro, ai quali soltanto si ha piena fede in giudizio. 2.° Che non sia eseguita in giorno di festa, eccettuato il caso di controversie nate in quelle fiere, o quei mercati, che sono permessi nei giorni festivi; così i Dottori alla *leg. et quocumque ff. siquis in jus vocatus non iverit* nè venga eseguita prima del nascere, o dopo il tramonto del Sole. 3.° Che sia consegnata dal nunzio alla persona del reo, avvertendo che non è permesso, come ragione insegna, il citare nelle Chiese. Se non si può consegnare al reo, si rilascia ad un qualche congiunto, o famigliare: se la casa è chiusa, anche per essere partito il reo dagli Stati Estensi, si attacca alla porta della casa d'ultima abitazione, presente almeno un testimonio, ma non mai alla di lui bottega che non è luogo d'abitazione, e laddove avesse più abitazioni, quella dovrebbe preferirsi in cui si ritrova la di lui famiglia: e quì si osservi, che la citazione non eseguita in persona, se si tratta d'introduzione di causa, o di monizione a sentenza deve replicarsi alla casa di ultima abitazione del reo, coll'intervallo almeno di un giorno. 4.° Che della esecuzione di quest' atto si faccia costare in giudizio, cioè nel processo.

La citazione scritta altra è *immediata*, ed è quella, che si fa eseguire dal Giudice della causa; altra *mediata*, ed è quella, che si ordina da esso Giudice con lettera che dicesi *requisitoria*, e che si fa intimare per mezzo di quel Giudice cui è soggetto il citando, e la lettera che riferisce dell'eseguita citazione viene detta *relatoria*.

Il pupillo, il furioso, il mentecatto, l'interdetto sono citati nella persona del loro tutore, e rispettivo curatore, e quando ne fossero privi, si dovrebbe dal Giudice, ad istanza dell'attore prima di dar corso alla citazione, deputar loro un curatore *ad lites*; e la medesima dovrebbe farsi anche in persona del curato, ove potesse stare in giudizio, come sarebbe un minore. I Corpi pubblici collegiati, come le Comunità, le Università, i Collegi, e simili si citano in persona di uno di quelli, o di quel solo, che è stato destinato a reggerli, come sono i Sindaci, Podestà, Consoli, Rettori, Presidenti, e simili.

Dovendosi muover lite contro una eredità, il cui rappresentante fosse incerto tutt'ora, si cita quello, cui *de jure* spetterebbe la successione, onde dica se vuole, o no essere erede: se la risposta è affirmativa si fa la causa contro di esso, e se è negativa si procede alla citazione per proclama, come vedremo. Quando il giorno in cui comparir deve il citato fosse feriato, s'intende debba comparire il giorno appresso non feriato. *Cap. cum dilecti, de dolo & contumacia.*

La citazione per *editto* si confonde volgarmente con quella per *proclama,* benchè differiscano l'una dall'altra in ciò, che colla prima si citano le persone certe, ma difficili a rinvenirsi, come sono i latitanti, e girovaghi, i vagabondi ec. coll'affiggere la citazione al luogo dove ultimamente abitarono, se non si trova la loro famiglia, nel qual caso si

opera, come vedemmo; e colla seconda si citano le persone incerte, come a cagion d'esempio gli aventi interesse in qualche eredità, i quali si citano per proclama, onde volendo, compariscano a vedere far l'inventario. Per editto presso noi si citano i forestieri in queste modo; pubblica il nunzio la citazione ove si promulgano le leggi, indi si affigge alle colonne, scale, o porte del Pretorio, avvertendo, che questa deve reiterarsi, come abbiam detto essere prescritto per quelle citazioni che non sono state personalmente eseguite. Fra noi però, e gli stati di Roma, Toscana, Lucca, Parma, Sardegna, Regno Lombardo Veneto esiste convenzione o compattato, in forza di cui gli atti giudiziali di quegli Stati possono essere quì per semplice requisitoria autenticata, eseguiti, e viceversa. *Circolare del Supremo Consiglio di Giustizia* 16 *Agosto* 1817. Non si ritiene però nulla la citazione ove in questo caso venissero citati mediante editto ec. e ciò perchè la legge lo lascia in facoltà delle parti.

La nullità della citazione, perchè male stesa o male eseguita, rende nullo il giudizio intero, quand' anche altri si fosse offerto di rispondere pel reo, o avesse promesso che questi si sarebbe presentato, perchè è sempre vero che esso non fu citato *L. ea quae* 7. *Cod. quomodo et quando judex ec. Gail. lib.* 1. *observ.* 48. *N.* 3. Che se il reo viene ed eccepisce la nullità della citazione, si controverte se con tale comparsa s'intenda o no sanato il difetto di nullità: io ritengo doversi accedere al parere di Voet che sostiene l'affermativa al *tit. de in jus vocando N.* 14. del digesto ove attesta che ciò anche ritienesi nella pratica. Mi persuade il riflettere che l'effetto della citazione essendo quello di far comparire il reo, è cosa assurda quando sia realmente comparso, l'

opporre che la citazione benchè nulla non abbia sortito l' effetto che realmente ha avuto: per cio se uno è nullamente citato, io lo consiglierei sempre a non comparire: l' opinione di Voet ha inoltre l' appoggio della *Leg.* 1. *di Ulp.* §. 1. *ff. de feriis.* In forza di questa legge è valida la sentenza che diede il Pretore in tempo di ferie, pendenti le quali citò le parti e comparvero; mentre se queste non fossero comparse tutto sarebbe stato nullo.

Per *proclama*, che deve pubblicarsi ove si pubblicano le gride, si cita chiunque voglia, o pretenda essere erede, o difendere i beni di una eredità che sia stata ripudiata, o a cui non si sappia chi abbia diritto di succedere, a comparire entro il termine stabilito dal Giudice. Tale proclama si affigge in luogo pubblico, ed alla casa di ultima abitazione del defunto; non comparendo alcuno, si fa deputare un curatore a questa eredità, che dicesi giacente. Si citano pure per proclama i creditori, e i debitori di uno stato fallito.

La citazione talora dicesi *semplice*, e talvolta *perentoria*. *Semplice* quando, scorso il termine nella medesima prefisso senza che sia il reo comparso, altro se ne deve al medesimo assegnare, benchè più breve, prima che si ritenga veramente contumace a tutti gli effetti di ragione; *perentoria* quando, non comparendo il reo nel primo termine, più non si ascolta, ed è ritenuto vero contumace.

La citazione *reale*, ossia *cattura*, ha luogo ordinariamente nei giudizj Criminali, dopo che il Giudice ha assunta una aliquale informazione del delitto; straordinariamente poi nelle cause civili, come vedremo trattando del sequestro, e delle esecuzioni.

La citazione fatta od eseguita senza le sanzionate regole è pienamente nulla, *Cod. Patr. lib.* 1.

tit. 11. §. 17. ma può sanarsi dal reo, che si chiami legittimamente citato, oppure comparisca in giudizio, e contesti lite.

Gli effetti principali della citazione legittima sono i seguenti; perpetua la giurisdizione; induce pendenza di lite; interrompe la prescrizione; costituisce il reo in mala fede; fa decorrere i frutti sui capitali secchi, qualora la petizione principale prodotta in conciliazione, sia davanti il Tribunale competente riprodotta entro un mese dal giorno della comparsa delle parti, o di quello dell'incorsa contumacia del reo convenuto; dà inoltre diritto di prevenzione; e nelle azioni reali rende la cosa litigiosa, talchè la vendita fattane pendente la lite non si sostiene *Novel.* 112. *cap.* 1. *Leg.* 2. *Cod. de litigiosis.*

TITOLO II.

DELLA CONTESTAZIONE DELLA LITE.

La contestazione della lite, che è il fondamento del giudizio *L. amplius* 15. *ff. rem ratam haberi. Gail. lib* 1. *observ.* 73, e che non può per convenzione delle parti nemmeno ommettersi, ha la propria radice nella parola *testes*, al dire di Festo, giacchè anticamente era necessario per la validità di essa, che alla presenza di testimonj, e del Giudice, con parole solenni l'attore esprimesse la propria volontà, e che il reo vi contraddicesse *Contestari esse cum uterque reus, dicit testes estote* così il citato Festo; e Cincio appresso Macrobio *Jubent dicere, quorum negotium est narrant, Judex testes poscit.* Sotto gl'Imperatori venne modificata, ed oggi basta qualunque atto del reo,

con cui contraddica in qualche modo all'intenzione dell'attore. Dalla maggior parte dei forensi trovasi definita = *Principalis negotii apud Judicem competentem facta narratio, et ad eam secuta responsio.* = Si vegga Maranta *de Judiciis tit. de Lit. contest.* e la *Leg. ult. Cod. de Lit. contest.* Si disputava in gius comune, se si potesse a termini di gius Romano astringere il reo a contestar lite; mosse tal dubbio dalla *Leg. qui tacuit ff. de interrogat. in jur. facendis;* ma è tolto oggi dal nostro Codice, come vedremo nel giudizio contumaciale.

La contestazione della lite si divide dagl'Interpreti in *piena*, *e meno piena; vera*, *e finta;* in *affirmativa*, e *negativa:* la prima è quella in cui succede la replica, e la duplicazione, di cui parla Giustiniano nelle *Instit. lib.* 4. *tit.* 14. cioè quando l'attore riprende a confermare la propria intenzione contro l'opposizione del reo, che nuovamente risponde; la meno piena è quella, che accade alla sola semplice esposizione dell'attore, ed opposizione del reo.

La vera, od espressa avviene quando il reo contraddice specialmente all'attore, ed oppone vagamente le ecezioni *generali*, cioè tutto nega quanto espose l'attore, ed affaccia con ciò quante mai possono competergli eccezioni, per disposizione del gius Estense: la finta succede quando chiamato il reo in giudizio, si rende contumace. *Novel.* 53. *Cap. si vero* 4. §. 1.; come vedremo al titolo del giudizio contumaciale.

L'affirmativa è quella, in cui il reo conviene nella verità dei fatti esposti dall'attore, ma usa di qualche eccezione per difendersi, come della perentoria di compensazione, di pagamento, del patto *de non petendo ec.* La negativa è quella, in cui tutto il fatto, cui si appoggia l'attore viene

negato; quest'ultima distinzione però non è pacificamente ammessa. *Voet in ff. de Judic. lib.* 5. *tit.* 1. *N.* 146. *Faber in Cod. tit. de Lit. contest. lib.* 3. *tit.* 8. *Defin.* 1. *in princ.*

La contestazione della lite deve farsi da chi, avente libera amministrazione delle proprie cose, può stare da se in giudizio, o da chi è debitamente autorizzato ad agire per altri; diversamente nulla essa sarebbe, perchè contiene un quasi-contratto. *Leg. fin. Cod. qui Legit. person. standi in judicio hab.* Molti sono gli effetti della legittima contestazione di lite: i principali, e i più notabili sono i seguenti: toglie al reo il diritto di proporre eccezioni declinatorie, dilatorie, o perentorie, di nullità relativa degli atti antecedenti, *L. penul. et ultim. Cod. de exceptioni* delle quali si parlerà al titolo delle eccezioni: perpetua la giurisdizione del Giudice nanti cui viene eseguita, come si vide ove si parlò del reo: perpetua, e fa passare agli eredi quelle azioni, che sarebbero cessate colla morte, o col corso del tempo *L. ult. ff. de fidejussor.* interrompe la prescrizione: rende il procuratore padrone della lite *L. neque tutores* 11. *L.* 22. 23. *de Procur.* nè può senza legittima ragione rivocarsi, come si vide al titolo de' procuratori: rende immutabile il libello: costituisce il possessore in mala fede. *L. sed et loci.* 4. §. *post. litem ff. finium regund :* tale effetto si disse esser proprio della citazione ancora *L. sed. etsi* §. *si neque* 7. *ff. de petit. haered.*

Presso noi si ha per contestata la lite dal giorno stesso in cui il reo ha proposte le sue eccezioni, le quali se fossero in ordine, potrebbero accompagnarsi colla protesta *di non voler per ora contestar lite veruna*: questa però in nulla giovarebbe, se col fatto si contestasse lite, *Protestatio contra factum nihil valet*, come per esempio,

se si dessero l'eccezioni generali unitamente a simile protesta *argum. L. jus pubblicum* 38. *ff. de pactis*. È interesse del reo il differire per quanto può la contestazione della lite, perchè lo priva del diritto di opporre molte eccezioni in ordine, e viceversa interessa all'attore, che questa si faccia il più presto possibile. Ove occorresse al reo riconvenire l'attore, lo deve fare dopo l'opposizione delle eccezioni generali: così si dica, se vogliasi dal reo chiamare uno a difesa, o denunziare soltanto la lite. Dopo la contestazione della lite non è più permesso affacciare la nullità degli atti pel mancato esperimento conciliativo. *Decis. del Supremo Consiglio* 15. *Marzo* 1825. *Causa Sorra con Gerez.*

Dopo la contestazione della lite si prestava anticamente un giuramento dalle parti, detto volgarmente *Giuramento di Calunnia*. Consisteva questo nel giurare di ritener giusta la propria causa, di non usar menzogna nel difenderla, e di agire con buona fede nell'attitazione della causa. Ora non è più in uso questo giuramento. Altri se ne deferiscono alle parti ad altro oggetto, de'quali ragioneremo al titolo delle prove.

Dal giorno della lite contestata s'intendono presso di noi dalla legge, ossia *ipso jure*, assegnati trenta giorni all'attore a provare la propria intenzione, ed altri successivi trenta al reo per riprovare. Questi termini diconsi probatorj, e reprobatorj: sono comuni ad ambe le parti, talchè l'attore può far prove nei trenta giorni reprobatorj assegnati al reo, e viceversa il reo nei primi trenta giorni probatorj dati all'attore: l'uno, e l'altro di questi termini è continuo, vale a dire in essi si computano i giorni ancora feriati, di cui al titolo seguente; succede l'opposto quando si tratta di tempo, o termine utile, come vedremo al titolo

delle scritture. Il Giudice per qualche giusta causa con regolato arbitrio accordando qualche dilazione può sospendere il corso a tali termini, come per esempio se l' attore aspettasse a fare, o compiere una prova nel sessantesimo giorno, come potrebbe il reo senza una dilazione procederne alla riprova? Anche per la ricorrenza delle ferie, talora si prorogano i termini del giudizio.

TITOLO III.

DELLE FERIE, E DELLE DILAZIONI.

Le ferie si definiscono = *Dies ab actibus judicialibus vacui*, ossia *qui a forensibus negotiis dant vacationem* = *L. penult. ff. h. t.* Ve n'ha di più specie: *ordinarie*, o *straordinarie*: *divine*, od *umane*. Le ordinarie corrono in certi determinati tempi dell'anno, come quelle del carnovale; le straordinarie hanno luogo repentinamente, e fuori d'ordine in forza di qualche inaspettato avvenimento o lieto, o tristo. Le divine sono dedicate al culto di Dio, e corrono *ipso jure*: le umane, che non corrono se non implorate, sono stabilite per umani oggetti, e per l'utilità degli uomini, come le ferie delle messi e delle vendemmie, e le fiere istituite dal principe, alle quali, per renderle più popolate ed utili, si è voluto dare il privilegio, che chi le frequenta non possa essere per debiti civili in esse molestato.

Generalmente parlando nei giorni feriati non può eseguirsi alcun atto giudiziale senza incorrere in nullità, per ciò dicevansi giorni *nefasti*, nei quali *nefas erat jus dicere*, mentre all'incontro gli altri in cui è permesso far atti giudiziali diconsi *fasti*: Ovidio nei Fasti 1. *V.* 47. *l. dies Cod. h. t.* Se

non che vi è questa differenza tra le ferie divine ed umane, che la nullità degli atti eseguiti nel decorso delle prime non può sanarsi nemmeno dal consenso delle Parti interessate, perchè non è lecito il deviare da ciò che le leggi impongono a riverenza di Dio; laddove ciò che si è fatto in feria umana, benchè in origine potess'essere nullo, si sostiene per volontà o tacita o espressa delle parti, alle quali non è disdetto di rinunziare a quel comodo, che la legge a riguardo loro ha introdotto. *L. nequis* 1. *Cod. h. t.* Ma non tutte le ferie umane riguardano l'utile privato dei cittadini: avvene alcune che interessano l'ordine pubblico. Tali sono le ferie solenni ed ordinarie, come per esempio, presso i Romani il giorno della fondazione di Roma, e le straordinarie o repentine, come i giorni di pubblico compianto per la morte avvenuta di Personaggio benemerito, ed insigne. Gli atti costrutti in queste ferie, non altrimenti che quelli fatti in feria divina, sono affetti da tale nullità, che non può cancellarsi dal consenso degl'interessati, mentre agl'individui è tolto di rinunciare, o derogare a ciò che è di pubblico diritto. Così la citazione intimata in feria ad onore di Dio, benchè il reo sia citato a comparire in giorno giuridico, è nulla e può impunemente disprezzarsi, perchè la molesta presenza del banditore che intima gli atti giudiziali non consente con quello stato di tranquillità, di pace, e di raccoglimento, che le leggi han pur voluto si godano i cittadini nei tempi feriati ad onore di Dio, come sopra si vide. D'altra parte una semplice citazione, non potendo sturbare i cittadini dai lavori pei quali sonosi introdotte le ferie delle messi, e delle vendemmie, tale citazione eseguita nella ricorrenza di questi tempi feriati a comodo degli uomini, ove in essa si stabilisca la comparsa

per giorno giuridico, è valida, e conseguentemente chi la disprezza e non comparisce si rende contumace *L.* 1. *ff. h. t.*

Si è detto che nei tempi feriati cessano i rumori del foro, e giacciono sospese le liti: questa regola va soggetta ad una limitazione, che ha luogo pei casi d'urgenza, in cui il differire potrebbe arrecare grave danno alla repubblica, od alle parti, e pei casi ove la pietà consiglia sollecita spedizione. Quindi anche nei tempi feriati ad onore di Dio possono validamente perseguitarsi i delinquenti, arrestarsi i debitori sospetti di fuga, sequestrarsi i mobili che sono in pericolo d'essere al creditore sottratti, eseguirsi gl'incanti, ai quali in giorno di festa maggior copia di offerenti concorre, assegnarsi gli alimenti, darsi il possesso all'utero pregnante. Nè queste cose soltanto possono operarsi nei giorni di feria. Tutti gli atti di volontaria giurisdizione, i quali non ammettono contestazione, strepito di giudizio, conflitto di ragioni, non meno che tutti gli atti, che tendono a stabilire la concordia fra le parti litiganti, sono permessi. Valide quindi saranno, benchè eseguite in ferie solenni, repentine, e ad onore di Dio l'emancipazione, la dazione del Tutore o Curatore, l'adozione, la stipulazione dei contratti, quantunque interessanti alcuna persona aventi d'uopo di giudiziale autorizzazione; le transazioni, le convenzioni stabilite col mezzo di arbitratori. *Cod. Est. lib.* 2. *tit.* 38. §. 2. *L.* 2. 8. *Cod. h. t.* Per disposizione del nostro Codice tutti i giorni dell' anno sono giuridici, avendosi soltanto per feriati ad onore di Dio, le feste nelle quali è proibito il far opere servili, la Vigilia, e i quattro giorni successivi di Natale, la settimana santa, e le tre susseguenti giornate di Pasqua, la Domenica di Pentecoste, e i due giorni successivi. *Cod. Est. lib.* 1. *tit.* 30. D'altronde, quan-

to alle ferie umane, con decreto del 17 Giugno 1816 furono abolite, riguardo ai Tribunali collegiati ove le parti non compariscono personalmente, ma per mezzo di Procuratore, le ferie umane delle messi e delle vendemmie introdotte dal gius Romano perchè non venissero distolti con giudiziali molestie gli uomini da oggetto tanto interessante quanto lo è il raccolto delle granaglie e delle uve; e furono conservate quelle del carnovale che cominciano col Giovedì grasso, e terminano col primo giorno di Quaresima. Le ferie della vendemmia il gius nostro le ha convertite in vacanze, le quali non sospendono il corso della giustizia punitiva, e della civile ancora nelle cause privilegiate, che non ammettono dilazione. All'oggetto pertanto che nelle vacanze autunnali l'amministrazione della giustizia non rimanga incagliata, i Tribunali si dividono in due Sezioni, l'una delle quali attende al disbrigo degli affari, mentre l'altra riposa. Una Sezione del Supremo Consiglio gode delle ferie dal 20 Agosto al 20 Settembre, l'altra dal 1.° al 30 Ottobre, restando in tal modo giuridici gli ultimi dieci giorni di Settembre, nei quali si spediscono quegli atti, che non ponno da una sola Sezione decidersi. Così i Tribunali di Modena, e Reggio hanno le vacanze autunnali, quanto ad una Sezione dal 1.° al 29 Settembre, e quanto all'altra dal 6 al 31 Ottobre. Per le Giusdicenze corrono le ferie della vendemmia dal 6 al 20 Ottobre; ma nulla meno i Giudici non possono in tal'epoca assentarsi dalle loro residenze senza il permesso del Supremo Consiglio, o senza grave necessità, sempre per la ragione che quelle ferie non debbono arrestare il corso della giustizia nei casi d'urgenza. Come le ferie sospendono l'istruzione, e la definizione delle cause giudiziali la sospendono pur anche le dilazioni. Egli è per l'

indicato rapporto che la seconda parte del Titolo delle ferie versa sulla materia delle dilazioni.

Dicesi dilazione quello spazio di tempo, che viene stabilito per la trattazione di un affare qualunque. Le dilazioni altre sono *legittime*, concesse cioè dalla legge, altre *arbitrarie*, che il giudice condotto dall'equità accorda a suo regolato arbitrio, come per esempio la dilazione che si dà al fidejussore onde possa chiamare in giudizio il reo principale per ottenere il rilievo, altre *volontarie*, che si stabiliscono per volontà delle parti, altre *graziose*, che si accordano dalla grazia Sovrana.

Regolarmente non si concede per un affare che una sola dilazione all' oggetto che troppo non si protragga la spedizione delle cause; per la qual cosa il Supremo Consiglio d'ordinario accorda le dilazioni graziose, dietro Sovrano rescritto, sotto la condizione, che altra non siasene dal petente ottenuta nella causa medesima, e non osti la natura della causa, mentre non si accorda dilazione graziosa nelle cause esecutive, se non in grado d'appello quando il reo abbia depositata la somma controversa. *Decis. del Supremo Consiglio* 26 *Gennaro* 1822 *Giberti con Pio*: però non è disdetto l'accordarne due, od anche tre, ove dalle parti si provi, che per giusto, e legittimo impedimento non si potè approfittare delle prime dilazioni. La dilazione, che non ne ammette alcun'altra dopo di sè dicesi *perentoria* in quanto che perime la speranza di ottenere ulterior termine. Così è perentorio il termine ad appellare.

Il tempo naturalmente scorrendo senza interruzione di momento in momento, i termini che vengono accordati alle parti s'intendono sempre continui, e non utili, se la legge o il Giudice non li dichiara utili, e non continui. Perciò, salvo all' arbitrio equitativo del Giudice la facoltà di pro-

rogare il termine allorchè per la massima parte consti di giorni feriati, debbono nelle dilazioni, quando non sia altrimenti disposto, computarsi tutte le ferie che cadono frammezzo, tanto importando la qualità del tempo continuo, a differenza del tempo utile, nel decorso del quale non si computano le ferie. Ma sia continuo, od utile il termine, il giorno in cui esso viene intimato alla parte non entra nella dilazione, la quale incomincia a decorrere nel giorno successivo. Tutto il tempo compreso nella dilazione corre a favore di chi l' ottenne, cosicchè può approfittarsene fino all'ultimo momento: anzi per equità si ritiene, che nella dilazione accordata per istruire un processo basti che le prove siano soltanto incominciate, non pregiudicando alla parte la circostanza di non essere state nel termine stesso pienamente compiute. *Decis. del Sup. Con.* 9 *Maggio* 1820 *Franchi con Amadei.* E qui torna in acconcio l'osservare che i giorni componenti la dilazione, riguardo agli atti stragiudiziali, si computano secondo il gius romano dalla mezza notte dell'uno sino alla mezza notte del successivo, per cui è indifferente che tali atti vengano eseguiti piuttosto in una che in un'altra di quelle ventiquattr'ore, ond'è composto il giorno; ma per l'esercizio degli atti giudiziali il giorno si calcola dal mattino fino alla sera; se non che le leggi municipali dei diversi luoghi, e le consuetudini hanno variamente stabilito le ore giuridiche di ciascun giorno, fuori delle quali i Tribunali si chiudono, e non può aver luogo alcun atto giudiziale, eccettuati i casi in cui il ritardo potesse recar danno alla parte richiedente.

TITOLO IV.

DELLE PROVE IN GENERE.

Non conta la giurisprudenza forense materia più utile, più estesa, più importante, e difficile della prova: essa qual provida luce dirada e dissipa la nebbia, in che il mal talento, il sofisma, e la malizia cercano talora avvolgere le più chiare verità, distingue i dominj sulle cose, porge difesa all'innocente calunniato ed oppresso, smaschera la vile ipocrisia, fa sì che la prevenzione fallace ceda alla verità, convince il reo negativo, toglie le liti, infiora ed appiana al Magistrato la via, che il guida a sicuro giudizio, e per esse infine ottiene Giustizia l'unico suo intento, che abbia cioè ognuno quanto se gli appartiene; da ciò emerge quanto siano utili al giudizio le prove.

Il giudizio che sia destituito di prova è un edifizio senza base, un corpo senza anima, è pienamente nullo, ed illusorio, e senza i giudizii, come videsi al Tit. 6. part. 1. sarebbero inutili, e forse dannose alla società le leggi, che per il ben essere di quella promulgarono i savj Legislatori. Se l'attore non prova, si assolve il reo, e se provate da quello le sue intenzioni; non giustifica il reo le proprie eccezioni, soffre condanna a favore dell' attore. Il Magistrato è schiavo alla legge, ed alle risultanze processuali nel suo giudizio, talchè molte volte più a queste, che alla propria scienza deve attenersi, d'onde venne il proverbio *Ciò che non è negli atti è fuor del Mondo*. La sentenza non basata sulle prove è ingiusta, iniqua e non mai passa in autorità di cosa giudicata. Da tutti questi principii inconcussi di diritto risulta chiaro l'importanza, e la necessità della prova. Questa abbraccia

la causa universale della Giurisprudenza. A chi diffatti viene dalla repubblica affidata l'amministrazione della Giustizia? Agli interpreti del diritto, Avvocati, e Giudici; ma qualora questi sulla scorta di chiari e noti principii altri ne spiegano più assai astrusi, e difficili, ed oscuri non fanno essi un uso continuo di prove dedotte dalle regole di sana interpretazione, e dai logici principii? I Causidici, e gli Avvocati nel trattare le cause ad essi affidate altro non cercano, che di mettere in chiara luce, e di provare il buon diritto che li assiste.

Onus probandi, dice Ulpiano nella *Leg*. 1. *voluit ff. de interrogat. act., est grave, et onerosum*, e Cajo nella *Leg. et qui destinavit ff. de reivindic. grave est ad probationis onera descendere.* Infatti quante volte l'uomo onesto, benchè assistito dalla ragione e dalla equità, non è costretto soccombere ne'giudicj civili per mancanza di prove efficaci segnatamente in quelle cose, che l'umana macchinazione cerca nascondere, o fra le domestiche pareti, o nel bujo della notte, o all'ombra tranquilla della buona fede, e dell'amicizia, o fra l'incerta oscurità de'tempi remoti! Non d'altronde nacque il comune detto che non basta in giudizio essere assistito dalla ragione, ma è d'uopo di più saperla esporre, farne costare, e riuscire nell'intento di persuadere chi deve giudicare. Rochefocolt paragona il litigante alla pecora, che per sottrarsi dal lupo corre nello spinajo a rifugiarsi. Quante Cause della Vedova, del Pupillo, dell'Orfano, del Miserabile non si videro rovinate, perchè il Causidico, sia per crassa ignoranza, sia per vergognosa negligenza, non bene diresse, o compì quella prova da cui la vittoria dell'infelice cliente unicamente dipendeva? Tutto ciò addimostra quanta cura ed attenzione, e quanto studio debba usarsi nell'applicare a questa materia, di

cui trattaremo prima in genere, osservandone l' etimologia, la definizione, le regole generali, che la riguardano, indi in ispecie.

L'intelligenza delle parole è il principio dell' erudizione, diceva Socrate, presso Epitteto, onde è che non solo i Filosofi, ma ancora i Giureconsulti furono soliti d'indagare prima di tutto la ragione dei nomi *Leg.* 1. *ff. de Iust. et Jure.* La parola *provare* fu dagli antichi Maestri usata in diversi significati: Cicerone in Catone Maggiore la prese per lodare *Mihi vero, et Flacco ne quam probare potuit tam flagitiosa, et tam perdita libido*: Quintiliano l'adoperò per persuadere, dimostrare con argomenti, e ciò nella sua Dialettica: Columela per esperimentare, *probare boves*; da Orazio nel suo libro I. Od.' 2. fu preso per concedere, permettere, *et sinistra labitur ripa, Jove non probante.* L'etimologia poi di questa parola, secondo alcuni, viene dall' avverbio *probe*, comecchè agisca da uomo probo chi schiarisce ciò che dubbio appare: giusta il parere di altri, dai verbi *provare, manifestare, propalare* deriva, così l'Ab. Panormitano: altri infine la deducono dalle due parole *proba azione*, o perchè le azioni che s' intentano in giudizio devono essere probe e dalla legge discendenti, o perchè devono essere in legittimo modo addimostrate.

Passiamo alla definizione della prova stessa seguendo il principio di Cicerone *de Offic.* §. 7. *Omnis institutio a definitione proficisci debet, ut sciamus quid sit id de quo disputatur*, mentre la definizione dimostra la natura della cosa di che si tratta. Il Treutlero, l' Accursio, l' Azzone, lo Speculatore definiscono la prova = *Rei dubiae per argumenta ostensio* =. Il Voet *ad Pand.* = *Rei dubiae per argumenta facta fides* =. Il Baldo = *Fides veri legitimis modis, et temporibus facta*

cognitori causae =. Tra queste, ed altre meno esatte definizioni noi abbracciamo quella dell' Eineccio *ad Pand.* =. *Actus judicialis, quo de facto dubio fides fit Judici* =. Benchè con diverse parole convengono in questa definizione Antonio Perez *in Cod.* Aunold. *de Just. et Jur.* Mascard *de probat.* il Boemero, ed altri molti.

Aristotile nella Rettorica, Cicerone nei Topici, Quintiliano nella Istituzione Oratoria lib. 5. Cap. 1. dividono la prova in *artificiale*, ed *inartificiale.* Questa divisione è stata ancora dai Giureconsulti abbracciata. Artificiale è quella, che l'arte, l'ingegno, l'industria dell'avvocato deduce da argomenti cavati dalle viscere del fatto, dalle cause, dalle circostanze; per esempio: nego che Tizio abbia commesso un omicidio a Modena in un determinato giorno, perchè il medesimo ritrovavasi in detto giorno a Roma. Inartificiale è quella, che si ha da argomenti estrinseci al fatto, ed alla causa di cui si tratta; Cicerone la chiama prova *assunta*, come sono i documenti, i testimonii, e simili. Tutti però gli argomenti artificiali per lo più si appoggiano alla prova inartificiale, in quanto che le circostanze da cui si deducono le prove artificiali devono provarsi o coi testimonii, o cogli istrumenti, o con altre simili inartificiali prove: così nell'allegato esempio, dovrei provare con testimonii, o recapiti, che Tizio era a Roma.

Riguardato l'effetto delle prove, dividonsi in *piene*, e *semipiene.* Chiamano piena quella prova, che fa tanta fede al Giudice quanta basta per togliere la questione, e per decretare a favor del provante. Semipiena quella, che presenta molta probabilità, ma non è bastante a dar sentenza. Questo è descrivere più tosto il diverso effetto della piena, o semipiena prova, che definirla. Noi diremo, che la prova piena in genere è quella,

per cui costa di un fatto in modo che secondo le leggi resta esclusa ogni possibilità in contrario; Semipiena quella, che induce bensì probabilità, ma non esclude ogni possibile in contrario. Dissi *secondo le leggi*, giacchè, moralmente parlando, non abbiamo alcuna prova per natura perfetta, e che escluda ogni possibilità, che non sia ciò che si asserisce. Infatti, secondo le leggi sono prove perfette un rogito solenne, il deposto di due testimonii pienamente contesti, e maggiori di ogni eccezione, l'ispezione giudiziale; ma quante volte se non per malizia, almeno per errore depongono il falso i testimonii, un rogito è nullo, il Giudice in una visita s'inganna?. La confessione stessa del reo pura, semplice, spontanea quante volte non fu per errore emmessa? Non vi ha scienza più certa della Matematica, eppure in essa ancora s'introdussero dei dubbj, mentre si sa che alcuni ritengono aver provata la quadratura del circolo, nel tempo stesso, in cui altri l'hanno addimostrata impossibile. Sono prove semipiene un testimonio solo, la fama, la presunzione, il confronto del carattere, e simili ad una, ad una, *Mascard. de probat. quest.* 4. Veggansi gli autori nella *L. admonendi ff. de jur. juran. Leg. ad fidem ff. de testib. leg. emancipat. Cod. de fid. instrument.* Nei secoli di mezzo, tempo di barbarie, usavano le prove così dette volgari, ossiano purgazioni canoniche, o giudizii di Dio, dell'acqua gelata, bollente, del ferro rovente, del duello, e simili; ma queste prove destituite di ogni fondamento nella ragione naturale, sostenute unicamente dalla corruttela, e vergognosa opinione del volgo furono abolite dal concilio di Trento, e da Pio IV. nel 1560. Veggasi il Ritersuzio nelle sue partizioni feudali *lib.* 2. *Cap.* 10. A persuaderci dell'irragionevolezza di queste prove basti additarne un

esempio solo. Cajo era accusato di omicidio, il negava; per giustificarlo, gli si faceva afferrare colla mano un ferro rovente, e portarlo per lo spazio di dodici piedi, indi gettato il ferro, gli si legava la mano fasciandola con un panno, che rimaneva fino alla sera sigillato. Se tolto il sigillo la mano illesa si ritrovava dal fuoco, era assoluto, diversamente si condannava. Altre diconsi *giudiziali*, e sono quelle, che s'instituiscono d'innanzi al Giudice in causa civile contenziosa; altre *stragiudiziali* fatte fuori di giudizio: tale è quella, che dicesi *ad perpetuam rei memoriam*.

Questa s'instituisce da quella persona, che dubitando di essere convenuta, o di dover convenire, ed avendo a difendersi, od agire rispettivamente coll'esame di testimonj, che potrebbero morire, o cambiar cielo, prima della contestazione della lite li fa sentire in esame. *Authen. sed et si quis. Cod. de testib. Gail. observ.* 98. Si vide, parlando del Giudice, che questi non può decretare se non che *juxta allegata et probata*. Le informazioni stragiudiziali, e private solo possono aver luogo in tre casi, 1.° Quando si tratta di cose pubblicamente notorie a chiunque, come sarebbe il valore d'una moneta di un paese; si disse pubblicamente notorie, poichè se si asserisce, che un fatto privato è notorio alla moltitudine del popolo, allora devesi provare in atti questa notorietà, a meno che il fatto non fosse successo nanti il Giudice e molte altre persone: per esempio chi asserisce esser notorio, che Tizio figlio del vivente Cajo è emancipato, ed agisce come capo di famiglia indipendentemente dal padre, deve provare questa notorietà. 2.° Quando il Giudice usa della Giurisdizione volontaria, e non contenziosa fra le parti. 3.° Quando le parti costituendosi un arbitratore, gli accordano la facoltà, come si suole in pratica,

di procedere anche con istragiudiziali informazioni, e di proporre ancora un piano di transazione per li compromittenti obbligatorio. Alcuni ritengono che anche il Principe, o il Magistrato maggiore da esso delegato in certe particolari cause, qualora ne sia dal medesimo autorizzato, possa prevalersi delle stragiudiziali, o private notizie; *de Luca de Judiciis disc.* 22. *n.* 7. *de regal. disc.* 148. Posta la necessità delle prove non è così facile dar regole generali sulle medesime, che siano a ciascun particolare caso applicabili. In alcune cause sono necessarie prove piene, perfette, e in altre bastano prove ordinarie, e tante volte ancora semipiene. Ciò per lo più dipende dall'arbitrio, e dalla convinzione del Giudice, egualmente che il permettere in certi casi la cumulazione di diverse prove, in modo che una coadjuvi l'altra, o ne supplisca al difetto per costituirne così una piena, come vedremo in seguito ancora.

Prima regola sulle prove è quella che verte sul fissare a chi spetti l'onere di provare, e ci vien data da Quintiliano *Lib.* 5. *Cap.* 10. *Quod. proposuerit est probandum*, regola riassunta nella *Leg.* 2. *ff. de probat. Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* Vale a dire l'onere di provare generalmente spetta a chiunque asserisce in Giudizio un fatto, sopra cui appoggiare intenda la propria intenzione, sia l'attore nella sua azione, sia il reo nella propria eccezione, mentre nella prova di questa il reo diventa attore, e gli si applica la legge *semper necessitas probandi incumbit ei qui agit*, *Leg.* 21. *ff. de probat. l. qui accusare ubi omnes Cod. de edendo l. ab ea parte ff. de probat.* La seconda regola è chi nega un fatto proposto dall' attore non è tenuto provare la negativa sì perchè l'ordine naturale delle cose non somministra prova diretta alcuna nelle cose negative, sì per l'altra

fissata regola, che *nihil probante actore reus absolvitur; Leg. Actor Cod. de probat.* la quale è conforme all' altra 10. *Cod. de non numerata pecunia.* Infatti se non ha l'intelletto nostro veruna idea, che non gli venga fornita dai sensi, e se una cosa negativa nè in se stessa, nè in qualche suo effetto può cadere sotto i sensi degli uomini, perchè il non ente non ha alcuna qualità, l' intelletto umano non può avere idea del negativo e quindi non può dimostrarlo direttamente. Può per altro farlo indirettamente perchè la negativa ha per lo più una necessaria connessione con qualche cosa di positivo, che alla negativa non si può per natura unire, e siccome tale positivo cade sotto i sensi, e può provarsi, così addimostrato ciò, resta comprovato anche il negativo mediante giusta conseguenza: per esempio. Nego aver commesso l'omicidio di Tizio jeri in Modena accaduto, perchè io in tutto jeri non partii da Parma; provata la mia dimora in quella Città per tutto jeri ho provato ancora indirettamente per giusta conseguenza che non ho ucciso Tizio, perchè la mia negativa ha connesso il positivo della mia permanenza a Parma, che non può per natura stare insieme coll' omicidio, mentre un uomo non può essere nel tempo stesso in due luoghi. Talora anche per testimonj si può provare una negativa, come se negassi aver ferito Cajo con arme, ed inducessi testimonj, che mi videro ferirlo colle sole mani o con le ugne, e non collo stile. Si può far la prova negativa col giuramento decisorio ancora.

Queste due regole hanno molte ampliazioni, limitazioni e sublimitazioni, che lunghissima e nojosa cosa sarebbe forse anche l'annoverare. Molte cadrà in acconcio di osservare nel decorso delle nostre lezioni, e molte si possono vedere presso l' Ercolani *de probat. negat.* Percorriamo solo le

principali, da cui molte altre facilmente si possono dedurre.

Quanto alla prima : chi asserisce una cosa non è tenuto provarla quando abbia per se la disposizione della legge, mentre si provano le cose di fatto non quelle di diritto, a meno che non si trattasse di diritto dubbio, incerto, oscuro, involuto, oppure di consuetudine, la di cui esistenza pubblicamente non fosse notoria. Così non è tenuto provare l'attore, che è assistito dal possesso e dalla presunzione, che trasferisce sempre l'onere di provare nella parte avversa: per esempio, tutti i fondi si presumono liberi: se per ciò agisco coll' azione negatoria, onde un mio fondo sia dichiarato libero da servitù pretesa da Tizio, Tizio deve provare la servitù, e non io; mentre per la libertà del mio fondo sta la presunzione della legge, finchè non sia provato il contrario, cedendo poi sempre la presunzione. alla verità.

Rispetto alla seconda regola; chi nega un fatto deve provarlo, quando sopra questa negativa fondi la propria intenzione, *Bart. in leg. in illa, et. L. ita stipulatus ff. de verb. oblig. et ibi Aretin., Jaso, Ripa L. idem* 5. *ff. de probat.* Per esempio, Tizio citato a pagare un capitale fruttifero oppone la legge nostra, la quale vuol prescritto quel credito che, quantunque scaduto da 15 anni, non si è esatto, e di cui neppure si sono addimandati i conseguenti frutti: negando aver pagate tali usure, il medesimo è costretto a provare questa negativa, perchè è il fondamento della sua eccezione, mentre se avesse pagati i frutti il debito suo non sarebbe prescritto. *Cod. Est. lib.* 2. *tit.* 11. §. 5. *Decis. del Sup. Cons. in Causa Crispi con Roncaglia* 17. *Giugno* 1817; e più procede questa disposizione, se nega ciò per cui sta la presunzione della legge. Per esempio, tutti i contratti si sup-

pongono fatti solennemente *L.* 30. *ff. de verb. oblig. videri omnia solemniter acta*; quindi se taluno asserisce che un contratto non è fatto colle solennità dalle leggi prescritte deve provarlo concludentemente, a riserva però di chi avesse comprato un fondo da un pupillo mediante contratto, che fosse attaccato di nullità dal tutore, nel qual caso sarebbe onere del compratore il provare l'aver comprato *auctorante Tutore L.* 13. *ff. de public. in rem act.* Per la stessa ragione chi ripete un indebito deve provare non essere stato fatto legittimamente il pagamento, mentre i pagamenti si presnmono sempre fatti legalmente *L.* 25. *ff. de probat.*: ma qui pure abbiamo due eccezioni: la prima è quando l'attore, avendo chiesto l'indebito, ed essendo stato denegato il pagamento dal reo, provò la numerazione, nel qual caso spetta al reo convinto di provare che il pagamento fu legale ed a se dovuto: la seconda è quando l'indebito fu pagato da un pupillo, minore, da una donna, da un militare, o da uno zotico, i quali trasfondono in chi ricevette il denaro l'onere della prova, che fosse debitamente, e legalmente pagato *dict. leg.* 25. La prima eccezione fu indotta in pena del reo, che nega mendacemente il fatto: la seconda per favorire persona dalla legge specialmente protetta, per essere di giudizio men fermo, e facile a cedere ai raggiri altrui.

Prova pure chi nega, quando la nuda corteccia delle parole porta bensì la negativa, ma sostanzialmente il senso è positivo ed affirmativo: come se si dicesse, Tizio non è di mente sana, sarebbe lo stesso che dire, Tizio è mentecatto, e perciò dovrebbesi provarlo *L. nec codicillos. Cod. de Codicillis;* così se negassi un mio fatto seguito in certo luogo, perchè ivi non era presente, dovrei provare la mia assenza *L. optimam* 14. *Cod. de contrahend. et commit. stip.* Veggasi Ercolani

al luogo sovraccitato, che al *N.* 26. riporta 61 illazioni cavate da questa disposizione.

Terza regola: in odio di colui, il quale impedisce la prova, si ha questa per fatta, o almeno bastano prove meno piene, e meno concludenti. *Burat decis.* 416. *e* 492. *part.* 9. *recent.*

Quarta: quando è provata perfettamente la sostanza d'una cosa, per le accidentali circostanze si ammettono prove minori, ed imperfette; per esempio provato pienamente che Tizio mi ha carpiti dei beni, quanto alla qualità e quantità, posso usare prove semipiene: *Ciriaco controvv.* 147. *Bichio decis.* 495.

Quinta: nelle cause civili, le prove che separatamente non giovano, unite fanno vantaggio: *Singula quae non prosunt, unita juvant;* un testimonio non prova, ma se al deposto di questo favorevole all'attore, si unisce il giuramento suppletorio, si ha una prova sufficiente per ottenere il decreto favorevole; così può aversi prova pienissima da molte cumulate presunzioni, e congietture. Bisogna però, che ogni prova imperfetta, sia nel suo genere perfetta, altrimenti sarebbero tutte inutili: *Afflitto decis.* 12. *e* 337. *Roijas decis.* 159.

Sesta: nelle cose antiche, particolarmente oltre i cento anni, e nelle cose di difficile prova, in quelle che soglionsi fare occultamente, bastano prove semipiene, ed imperfette: ciò si verifica ancora nelle cose verosimili, e nei giudizii di manutenzione in possesso.

Settima: dandosi parità di prove fra l'attore, ed il reo, si deve questi, e non quello favorire nella prolazione della sentenza, come altrove si vide.

Ottava: nella materia delle prove molto si deferisce alla Religione, alla saggezza, ed al ben regolato arbitrio del Giudice.

Nona: *Res inter alios acta tertio non prejudicat*: per non incorrere in errori su questa regola bisogna distinguere; o il terzo, cui si pretenda portato pregiudizio con prova seguita fra due litiganti, ha un diritto coeguale, attuale, indipendente, immediato, oppure lo ha soltanto consecutivo, accessorio, mediato; nel primo caso ha luogo la suddetta regola; non così nel secondo, quando senza collusione, e senza frode sieno state fatte in contraddittorio del legittimo difensore le prove: per esempio ho pretesa contro più eredi, più consocii ecc. se faccio giudizio con alcuni, ed ommetto citarne uno fra quelli, che pure insieme agli altri ha interesse attuale, coeguale sulla cosa da me pretesa, è ben certo che le prove, il giudizio, la sentenza, che ne riporto non può nuocere a questo terzo non citato, non intervenuto al giudizio: al contrario se ho dei diritti sopra fondi soggetti a fedecommesso, e di buona fede li esperimento in contraddittorio dell'attuale possessore, che assume la difesa di detti fondi fidecommissarii, se ne riporto favorevole decreto questo nuoce anche ai successivi chiamati in detto fidecommesso. *Gloss. in L. unoquoque ff. de re judicata. Covarruvv. pract. quaest. cap.* 13., *N.* 6. *e* 7. *De Luca de Jurisdict. disc.* 2. *N.* 22. *Capic. Latr. cons.* 16.

Decima: provati gli estremi, il mezzo o si presume o si dimostra con prove semipiene, *Menoch. lib.* 6. *praes.* 64. *Burat. decis.* 172.

Si dubita se possa valere il patto fra due litiganti di non servirsi che di una certa specie di prova; ma la massima più generalmente abbracciata si è che tal patto sia contrario ai buoni costumi, perciò nullo. Si chiede, se il debitore che richiama dal suo creditore i beni che gli diede in possesso, onde coi frutti di questo si pagasse, sia tenuto provare, che lo stesso creditore è già soddisfatto

coi frutti percetti, oppure se il creditore debba provare di non essere per anche stato soddisfatto: si risponde, che deve prima provare il debitore, che frutti di tanto tempo potevano bastare all'estinzione del debito, ed il creditore poi, che non fosse stato realmente appareggiato, deve provare che senza sua colpa non ha potuto nel tempo decorso coi percetti frutti esser saldato. Finalmente fu dubbio, se non essendo oggi solvente un tutore dativo, debba il Giudice provare che tale era quando il destinò tutore, oppure se debba il pupillo già fatto maggiore provare il contrario; pare più d'abbracciarsi l'opinione di quelli, che hanno ritenuto dovere il Giudice provare la responsabilità del tutore all'atto della sua nomina; poichè per legge deve sempre il Giudice nominare in tutore persona garante, e ciò, come cosa di fatto, dee esser provato *L. non est* 11. *ff. de probat.*

Posti questi principii sulle prove in genere passiamo alle prove in ispecie. Il Durand ne riporta dodici; testimonii, confessione, scritture, evidenza del fatto, presunzione, fama, giuramento, libri antichi, lapidi, incisioni, lettere del vescovile sigillo munite, pubblica denuncia, comune opinione, indizj indubitati. Altri aggiungono l'ispezione oculare, altri la regiudicata, la ragione naturale, e finalmente alcuni ancora l'orazione congetturale, *ex conjectura legis*. Il Mascard. nella celebre sua opera di questo titolo ne annovera pur dodici, che poi restringe a sette. All'opposto a cinque sole alcuni le ridussero, comprese nel seguente verso

Vox, scriptura, sacrum nomen, confessio, visus.

Tancredo ne fissò sei: evidenza, fama, presunzione, giuramento, testimonj, scritture; così l'Oldendorpio: l'Ostiense nove ne delineò nei seguenti versi:

Aspectus, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Jurans, confessus, praesumptio, fama probavit.

Il Baldo ne crebbe una, la regiudicata. In questa varietà d'opinioni noi le riduciamo a sette, cioè *Confessione*, cui appartengono ancora gli interrogatorii e posizioni. *Evidenza della cosa*, *Perizia*, *Scritture*, che comprendono le lapidi, le iscrizioni, i libri antichi, le lettere Vescovili; i *Testimonj*, il *Giuramento*, le *Presunzioni*, ed *Argomenti*, cui si riferiscono la fama, gl'indizj, le congetture, e la pubblica opinione; queste formano il soggetto dei seguenti sette titoli.

TITOLO V.

DELLA CONFESSIONE DELLE PARTI, DEGL' INTERROGATORJ, E DELLE POSIZIONI.

Non vi ha prova maggiore della confessione emmessa dalla parte medesima, cui interessa che non si scopra il fatto, da cui emerge il diritto dell' avversario: alcuni la chiamano madre della prova, altri prova provata, e la massima parte degli Autori, come ne attesta Giasone nella *Leg. cum te transegisse Cod. de transact.* dicono essere un rilievo dall'onere di provare piuttosto che una prova; la confessione infatti del reo solleva l'attore dal peso della prova, giacchè nelle cause civili *confessus habetur pro judicato Leg.* 1. *l. certum ff. de confessis*, ed il Giudice non ha altra funzione contro il confesso, al dir d'Ulpiano, che quella di condannarlo *Leg.* 1. 2. §. *ult. ff. ad leg. Aquiliam.* Il Codice nostro concorda in ciò col gius Romano, e qualora la confessione del reo sia legittima e giudiziale non si richiede sentenza definitiva, ma solo deve il Giudice assegnare al confesso il termine di dieci giorni continui ad

eseguire il fatto confessato; scorsi questi si passa all'esecuzione, senza dar luogo all'appello: tale termine a regolato arbitrio del Giudice può prorogarsi secondo la qualità delle persone, e le circostanze de' casi, *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 6. §. 4. *tit.* 18. §. 2. Il Giudice conciliatore, anche indipendentemente dal consenso del creditore, può accordare al reo, quando il creda conveniente, un mese di tempo al pagamento *L.* 28 *Maggio* 1819.

Non ogni confessione per altro ha forza di regiudicata; onde vediamo cosa sia, quali requisiti debba avere, e di quante specie sia la confessione.

Il Voet la definisce = *Qualiscumque contra se pronunciatio* = giusta l'Eineccio si è = *Adfirmatio facti ab ipso faciente, sciente, et intelligente in jure facta* = secondo altri viene definita = *Assertio illius quod ab adversario intenditur* =.

Altra è *espressa*, altra *tacita*, secondo che si deduce dalle parole o dal fatto; altra *presunta*, dedotta cioè dal silenzio di colui che legittimamente costretto a parlare si tacque, o citato non comparve; altra è *giudiziale*, che si fa in giudizio davanti il competente Magistrato *L.* 2. *Cod. si a non compet. Judic.* od anche incompetente, quando si faccia non per errore, ma con certa scienza che quello non è competente, il che induce proroga di giurisdizione in quei casi, come si vide, nei quali può essa aver luogo *Argum. L. si per errorem* 15. *ff. de Jurisdic.* altra finalmente è *stragiudiziale* se avviene che sia emmessa fuori di giudizio.

Perchè poi sia efficace una confessione deve emmettersi, 1.° da persona che sia di mente sana, e tale che abbia la libera amministrazione delle proprie cose: sarebbe infatti assurda cosa che i pupilli, i minori ecc. i quali fuori di giudizio non possono senza solennità obbligarsi, avessero poi ad

essere costretti da inconsulta confessione in giudizio fatta senza la dovuta autorizzazione; 2.° deve essere spontanea, cioè non estorta da dolo, forza, timore, errore, od emmessa nel bollore di qualche passione *L. Imperatores* 29. §. 1. *ff. de probat. l. quod quidquid calore* 48. *ff. de reg. jur.* Quando poi si dice errore, intendesi error di fatto e non di gius *L. non fatetur qui errat ff. de confessis*, e siccome le cose di fatto non si presumono, così tale errore devesi provare da chi per questo titolo intende sia rivocata la propria confessione, giacchè in giudizio è una cosa sola il non essere, ed il non esser provato *Argum. L.* 27. §. *ult. ff. ad l. Aquiliam.* La confessione però fatta nell' ira giova, se il confitente non la revoca entro ventiquattro ore; 3.° fa d'uopo che la confessione sia chiara, certa, univoca, e non vaga, benchè se non è tale possa costringersi il confitente a dichiararla, colla comminatoria che in sua contumacia sarà interpretata contro di esso *L. certum ff. de confessis. l. de aetate* §. *qui tacuit ff. de interrogat. in jur fac.* 4.° non vale se è fatta da chi non ha facoltà di emmetterla: il procuratore quindi e l' avvocato non possono efficacemente confessare fatti a danno del suo cliente lontano, quando non ne abbiano specialissimo mandato, per cui questi può rivocare tale confessione sino alla prolazione del Decreto; ma ove fosse presente, lo può soltanto entro un triduo *L.* 1. *ed ult. Cod. de error. Advocat.* così dicasi della confessione dei Sindaci, Podestà ecc. non forniti di speciale mandato, la quale non nuoce alle Università, ai Collegi ecc. che rappresentano, massime quando si tratta di cose di grave momento *Fab. in Cod. de confess. defin.* 4. Per gius Canonico *Cap. fin. extra de confess.* il procuratore può fino alla sentenza chiedere la restituzione in intero contro la confessione fatta a danno del pro-

prio cliente; 5.° deve riguardare il fatto non di un terzo, ma bensì del confitente *L. ult. Cod. de accusation.* per la ragione che si presume solamente la scienza del fatto proprio, e non dell' altrui, ed il principio che la regiudicata non pregiudica ad un terzo, si applica anche alla confessione che ne tiene luogo; perciò quella di un coerede regolarmente non pregiudica all' altro *Berlich. decis.* 30.; 6.° deve essere fatta *parte presente et acceptante*, checchè ne dica il Cino *in Leg.* 13. *Cod. de Judiciis*, nella quale non riscontriamo tutto quel fondamento su cui appoggia la sua opinione; d' altronde poi chiara è la disposizione della *L.* 6. §. 3. *ff. de confess.* a cui con Donello, Voet, Fabbro, ed altri ci riportiamo, e chiaro è altresì che siccome la confessione equivale alla regiudicata, così non reggendo questa se non è proferita *parte presente*, neppure l'altra può esser valida, se non viene accettata dalla parte che vi ha interesse, o da altri in sua vece. Presso di noi però praticamente si ammettono in giudizio, e valgono pienamente le confessioni di debito, benchè emmesse *parte absente*, purchè in seguito anche queste sieno accettate.

Questa confessione giudiziale nuoce e rispettivamente giova alle stesse persone fra le quali fu emmessa, anche in altro giudizio *L. penult. in fin. Cod. de liberali causa l. penult.* §. *ult. Cod. de recept.* ma non così ha effetto tra persone diverse, e soltanto potrebbe nuocere al confitente, quando fosse interessato in un secondo giudizio che avesse relazione, e collegamento col primo *Rot. Rom. rec. decis.* 26. *N.* 16. *p.* 10.

Di molto minor peso è la confessione stragiudiziale, mentre solo dà una presunzione forte contro il confitente, od anche, secondo Fabbro *in Cod. defin.* 25. *in fin.* una prova semipiena. Il Supremo

Consiglio nella Decisione 30 Novembre 1819 *in causa Campedelli con Ronchetti* ha sanzionato, che la confessione fatta non presente la parte costituisce una semipiena prova, e che in concorso della deposizione di un testimonio che provi il fatto, equivale ad una piena prova. Non ha luogo in essa la regola assoluta *confessus habetur pro judicato*, e soltanto, come rileva Cujaccio *ad Lib. 7. tit.* 59. *Cod. de confessis,* può avere in un caso la stessa forza della giudiziale se, a norma della Novella *de Testibus*, furono presenti alla confessione cinque testimonii specialmente pregati: può rivocarsi sino alla contestazione della lite. Se poi fosse fatta *parte absente* da alcuni si ritiene di niun valore; al contrario se viene fatta *parte presente*, più se è geminata, o se riguarda dote *L.* 85. *in ambiguis ff. de reg. jur.* ed alla presenza di due testimonii, si paragona alla giudiziale *Bart. in leg. scimus Cod. de Agricolis*. Si quistiona se si possano ammettere testimoni singolari di singolarità amminicolativa, e non ostativa onde provare più confessioni successive e geminate; alcuni ritengono l'affirmativa, altri il contrario; noi con de Luca riteniamo essere un errore il voler fissare un principio certo, invariabile, generale per tutti i casi, dipendendo ciò dall'arbitrio del Giudice regolato dalle diverse circostanze, e dai vari modi coi quali sono state fatte simili confessioni *de Luca de Judiciis disc.* 23.

La confessione fatta in una lettera si ritiene emmessa *parte presente* se è diretta all'interessato, e pregiudica al confitente, concorrendovi la massima deliberazione e meditazione, e quindi pienamente prova *L. Publia Maevia* 26. §. *fin. et ibi gloss. ff. depositi:* si ritiene poi fatta *parte absente* ove sia scritta ad un terzo: *de Luca de debito et credito disc.* 79.

Benchè la confessione di uno non possa regolarmente pregiudicare ad un terzo, pure se un testatore nell'ultimo suo elogio avrà confessato un pagamento, questa confessione sarà nocevole all'erede *L. 1. Cod. de falsa causs. adieot. legat.* lo stesso è se nel testamento il testatore si confessa debitore verso di altri *L.* 13. *ff. de legat.* 3.° e tutto questo nel caso in cui provare non si potesse un errore nel testante, o non avesse ritrattata la confessione *Thesaur. decis.* 109. *in addit.* La confessione però isolata di un debito fatta dal testatore non così facilmente si sosterrebbe a danno della legittima dovuta a chi di ragione, e sarebbe almeno riducibile in modo che non pregiudicasse a tale legittima.

Avviene talora che uno confessa aggiungendo *incontinenti* qualche modificazione, o qualità scusante, quindi in pratica nascono dubbi se possa scindersi tale confessione, o debba accettarsi in ogni e singola parte come viene emmessa: sono in ciò discordi i Forensi; la più comune opinione però si è di distinguere gli affari civili dai criminali: in questi si accetta la confessione e si rigetta la qualità scusante, a meno che non sia essa dal reo provata; ma per lo più tale qualità esime il reo dalla pena ordinaria, qualora il delitto, prescindendo dalla confessione, non costi interamente in processo; un uomo infatti che spontaneamente confessi il proprio delitto non è a suppor sì mendace nella qualità che alla confessione aggiugne: d'altronde è ben cosa equa che quella confessione, senza cui non sarebbe stato condannato il reo, abbia almeno in qualche parte a giovargli ove è qualificata. Al contrario nelle cause civili la maggior parte vuole, che non si possa scindere la confessione dalla qualità aggiunta, tanto più qnalora a questa non osti la presunzione, qualora sia al fatto confessato

connessa e relativa: le nostre leggi hanno adottata simile massima. Si disse poi *incontinenti*, mentre se ad una confessione semplice si volesse aggiungere *ex intervallo* una qualità, dovrebbe questa contemporaneamente provarsi; che se una confessione contiene più capi separati e disgiunti, se ne può adottar uno e rigettar l'altro, nello stesso modo con cui in una sentenza avente più capi distinti si può accettare il favorevole, ed appellare dal contrario.

La confessione o si fa spontaneamente dalla parte o si ottiene dall'avversario con rimedii legali. Il gius Romano nelle *LL.* 1. 7. 8. *ff. de interrogat. in jur. fac.* trovò le azioni interrogatorie, perchè l'attore interrogando con queste il reo convenuto prima della contestazione della lite, potesse conoscere lo stato della causa, e non fosse costretto ad intentare un giudizio illusorio, e far prove e spese superflue. Tali azioni diconsi anche preparatorie dei giudizj. Il Gius nostro permette produrre in qualunque parte del giudizio, ed anche prima della contestazione della lite, interrogatorj alla controparte, che è obbligata a rispondervi o con atto firmato da essa, o col mezzo di mandato speciale, sotto pena che il silenzio della medesima s'interpreterà a favore dell'interrogante. Così il contumace a rispondervi è ritenuto o confesso o negante, secondo meglio torna a chi interroga *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 18.

Devesi quindi formare un atto, il quale contenga le dimande, a cui si vuole che dall'avversario venga risposto, e chiedere che l'atto sia intimato in persona del reo, come si richiede per quello portante posizioni ec. per motivo che si tende a mettere in essere fatti proprj dell'avversario, e si deve in ogni caso procedere giusta quanto fu detto al titolo della citazione.

Tali interrogatorj possono versare sopra qualunque fatto proprio della controparte, come: se ritenga o possegga un dato fondo o certa cosa, se sia o voglia essere erede di un tale, se sia padre, o figlio di famiglia, maggiore o minore d'età, mandatario o no di certa persona, e simili.

Il termine a rispondere agli interrogatorj è di quattro giorni, prorogabili ad arbitrio del Giudice secondo le distanze dei luoghi, e le circostanze dei casi; questa patria disposizione è analoga alla *Leg.* 5. *ff. eodem,* la quale permette all'interrogato di chiedere un termine a deliberare prima di rispondere: dopo il lasso di questi giorni, in pratica per lo più si accorda altro termine più breve a rispondere, scorso poi il quale si ha la vera contumacia, senza che necessaria si renda veruna dichiarazione di Giudice.

Questi interrogatorj, oltrechè debbono essere chiari, semplici, speciali nella loro esposizione, hanno ancora a sfuggire certi difetti, pei quali il reo non sarebbe obbligato a rispondere come quando fossero criminosi, tali cioè la cui risposta dovesse scoprire la turpitudine del rispondente, al che nessuno può essere mai costretto: però se la risposta non ostante venisse data, potrebbe servire di fondamento all'intenzione dell'interrogante *Michalor de posit. cap.* 3. *N.* 34. *in fin. et N.* 45. oppure quando col rispondervi si dovesse venir contro il proprio giuramento, o si trattasse di fatto altrui, o di cose non pertinenti alla causa, come più ampiamente può vedersi in *Marant. de Ordin. judic. part.* 6. *membr.* 7. *N.* 2. *et seq.*

In ordine alle risposte, sieno queste chiare, assolute, e non dubitative, perchè s'interpreteranno sempre contro il rispondente a norma delle rispettive interrogazioni da cui ricevono lume e schiarimento *Farinac. qu.* 68. *N.* 58., e l'attore può

appoggiarsi anche a confessioni false, che gli tornassero in vantaggio, perchè fanno fede contro chi le emise, *L. de ætate* 11. §. *hujus* 1. *ff. de interrog. in jur. fac.*

Il gius Pontificio ha introdotto un rimedio più efficace e pingue degl'interrogatorj per ottenere dalla bocca del reo la confessione d'una verità che non risulta da documenti, mediante le posizioni, anche fra noi adottate *Speculator de posit.* Queste si definiscono = *Pars intentionis continens id super quo quis petit sibi ab adversario responderi* = *Bald. in leg. generaliter Cod. de rebus creditis.* Oppure secondo il succitato Speculatore = *Brevis verborum formula, mentem ponentis continens ad veritatem eliciendam concepta.* Noi diremo = *Breve esposizione di un fatto, su cui deve il reo rispondere con giuramento* =.

Differiscono le posizioni dagl'interrogatorj, sebbene abbiano qualche cosa di comune, in ciò che colle prime si tende a rendere indubitato quello di cui siamo certi e sicuri, nel mentre che coi secondi procuriamo di assicurarci di ciò di cui non abbiamo certezza; chi pone confessa, ma non chi interroga, e quindi non sopra gl' interrogatorj ma sulle posizioni può appoggiarsi il provocato; devesi a queste rispondere con giuramento, e non a quelli; nelle posizioni il contumace si ha sempre per confesso, e negl'interrogatorj, o confesso, o negativo secondo la comminatoria apposta all'atto; dal contumace non si hanno per confessate le posizioni anche spirato il secondo termine, se non vengono per tali dichiarate dal Giudice, il che non è d'uopo per gl'interrogatorj.

In qualunque siasi causa, purchè dentro i termini probatorj e reprobatorj, tanto l'attore che il reo possono produrre una muta, o serie di posizioni colla comminatoria che in contumacia della

parte si dichiareranno per confessate dal Giudice dopo di che non si fa luogo ad appello, nè a restituzione in intero, se anche il contumace fosse persona privilegiata; e resterà solo al medesimo il diritto di provare il contrario, ma non a rispondere alle medesime, eccettuato il caso in cui si verificasse che la contumacia non fu legalmente incorsa per difetto di citazione, o per non essere scorso il termine, poichè allora potrebbe lo stesso Giudice riporre dal decreto con cui dichiarò per confessate le posizioni, ed ammettere la parte a rispondervi. Veggasi la *decis. del Sup. Cons. in causa Grassi con Coli* 20 *Luglio* 1819. *Michalor de Posit. Cap.* 48. *N.* 18.

Il termine con cui presso noi si cita l'avversario a rispondere alle posizioni, che in copia gli debbono essere trasmesse, è arbitrario al Giudice secondo le circostanze di luogo, tempo, e persona. La copia delle posizioni deve necessariamente intimarsi alla parte, e venendo rilasciata al domicilio da essa eletto per motivo della lite, è nulla la citazione a rispondere: *Decis. del Supremo Consiglio* 17 *Maggio* 1823 *in causa Landi con Landi*, e *Decis.* 8 *Febbrajo* 1817 *in causa Codazzi con Righi* portanti che tanto la prima, quanto la seconda citazione a rispondere alle posizioni deve intimarsi alla parte; scorso questo termine il ponente accusa la contumacia del reo, instando che sia citato di nuovo con più breve termine a rispondere, che suol'essere in pratica la metà del primo, il quale scorso infruttuosamente, si ha la vera contumacia, e il Giudice procede a dichiararle confessate. Se però l'ultimo giorno del termine a rispondere alla posizione cadesse in giorno feriato, il reo può comparire, e deve essere ammesso nel successivo non feriato *Decis.* 19 *Agosto* 1823 *in causa Gasparini con Pierotti Lucarini.*

La prodotta delle posizioni non sospende il corso ai termini in causa, e le cose posizionate dall'attore si ritengono per esso confessate, di modo che se così torna al reo, può fondarsi su queste contro il ponente, ma solo allorquando non le abbia negate. Questa è una conseguenza della parità di diritto, con cui in giudizio ambe le parti debbono essere trattate. Da ciò anche venne un dubbio, e fu, se al procuratore bastava un mandato generale *ad lites et causas*, od anche *ad ponendum*, o non piuttosto si richiedesse uno specialissimo; ma il nostro Codice tolse siffatta dubbietà prescrivendo col §. 2. *tit.* 19. *lib.* 1. potersi produrre posizioni dal ponente, o suo procuratore munito di mandato anche generale *ad ponendum*.

Onde poi sieno ammissibili le posizioni debbono 1.° aggirarsi sopra cose di mero fatto; il gius scritto non può dipendere dalla confessione delle parti, e neppure ha bisogno di essere provato *L. ornament. ff. de auro, et argent. legat.* se però cadessero sopra qualche consuetudine, o presunzione sarebbero ammissibili, mentre in certo modo riguarderebbero cosa di fatto; 2.° debbono cadere sul fatto proprio del rispondente, od almeno su ciò di cui è probabile la scienza in esso; 3.° debbono essere semplici, vale a dire ciascuna posizione deve portare un fatto solo, mentre se anche venisse ammessa una posizione portante più fatti, il che non è pacificamente ritenuto *Joannes Andreas in Cap. 2. ff. de Confess. Haunold. tit. de Posit.* mai ne ritrarrebbe il ponente il propostosi vantaggio, giacchè il rispondente a posizione che portasse più fatti, o circostanze che in qualche parte non sussistessero, potrebbe, prendendo la cosa in complesso, rispondere negativamente, senza essere spergiuro; 4.° debbono essere chiare ed esatte, costando da quelle il tempo della obbligazione,

altrimenti non si è tenuto a rispondere, nè rendendosi contumace, al dir di Baldo *in L.* 1. *N.* 14. *leg. si plur. unic. sent.* si possono avere per confessate: non è poi necessario indicarlo con tutta precisione *Bald. in Cons.* 182. *lib.* 4. e più quando verisimile appaja l'ignorarlo o l'averlo obbliato, come se si trattasse di fatto altrui, o seguito da molto tempo: deve pure essere accennata la causa dell' obbligazione pel motivo che l' obbligazione senza causa non produce effetto *L. cum de indebiti* §. *sed. hoc. ff. de probat. l. generaliter Cod. de non numerat. pecun.* ove non trattisi di quei casi nei quali può aver forza, come quando la promessa è geminata, o accompagnata da giuramento, o fatta davanti il Giudice *Mascard. de prob. conclus.* 345.; 5.° non hanno ad essere le posizioni impertinenti, cioè estranee al fatto in quistione ed inutili o superflue a provarlo direttamente o indirettamente *Glos. et DD. in cap* 2. *in verb. absque rationabili de confess. in* 6. perchè non ammettendosi alcuno a prova inutile, neppure deve essere ammesso a porre cose superflue, avendo le posizioni la stessa forza e natura delle prove. Siccome poi alle volte si possono produrre posizioni le quali, chiaramente non costandone l'impertinenza, siano ammesse, così i pratici suggeriscono al rispondente di usare della clausola *salvo jure impertinentium*, la quale opera che, scopertasi una posizione impertinente, si abbia nulla la risposta a quella emmessa, il che però non ha luogo per qualunque altro difetto; 6.° sono rigettate le posizioni capziose, tali cioè che, o neghi od affermi il reo, la risposta gli è sempre pregiudicievole; 7.° debbono essere le posizioni chiare, non involute, non ambigue, non contraddicenti fra loro; 8.° non si ammettono se sono criminose, dirette cioè a provare nel rispondente od un delitto ad una qualità ingiuriosa, come se si

ponesse che il reo è mendace, adultero, eretico e simili: Veggasi all' occorrenza il *Michalor de Posit.*

Si dubitò se si potessero concepire posizioni in modo negativo: l'opinione più comune è che esse debbono farsi in senso positivo. Innocenzo IV. però al *Cap. Statuimus lib.* 6. stabilisce che si abbian ad ammettere anche le negative, quando l'equità lo persuade, e quando chi pone non possa altrimenti provare la propria intenzione: posizion negativa sarebbe a cagion d'esempio, pongo che la verità fu ed è *che tu non mi desti mai danaro in prestito.*

Fu soggetto di disputa se fosse lecito cangiare, rivocare, emendare le posizioni, le quali d'altronde s'intendono fatte con maturo esame, perchè chi pone, come si disse, confessa, e la confessione fatta con deliberazione d'animo non può rivocarsi; ma se le posizioni non fossero state ammesse per anche dal Giudice *Speculator de posit.*, o se la correzione o mutazione fosse fatta *incontinenti*, o quando fosse corso errore, il quale toglie il poter rettamente pensare, potrebbero cangiarsi e rivocarsi, non che emendare; è permesso poi sempre il dichiararle, perchè con ciò alcuna cosa non si cangia od aggiunge alle posizioni *Michalor. de Posit. Cap.* 22.

Il citato che non vuol essere dichiarato contumace può contenersi in due modi 1.° o presentarsi davanti il Giudice senza veruno esteriore soccorso, e previo giuramento, anche giusta la formola che fosse apposta all'atto, dare, a senso delle *L.* 11. *et* 6. *ff. de interrog. in jur. fac.* risposte cattegoriche, chiare, e semplici colle parole *credo, o non credo*, ed anche *non recordatur*, relative ai fatti posizionati, e senza riferirsi a documenti o non accennati nelle posizioni o non posti agli atti, purchè non li pro-

ducesse a proprie spese; 2.° o comparire col mezzo di un procuratore munito di mandato specialissimo contenente le singole risposte a ciascuna posizione, il qual deve giurare a tutto carico del provocato. Da molti collo Speculatore si è ritenuto che la risposta data dal procuratore possa farsi ratificare dal principale del medesimo, il che però fra noi non è in uso.

Può il provocato aggiungere alla risposta una qualità, una circostanza connessa e relativa al fatto, portante pagamento, compensazione, o scarico posteriore al medesimo *Cod. Patr. lib.* 1. *tit.* 19. §. 5., ed in simile caso si procede colla distinzione che vedemmo, parlando della confessione rapporto al potersi o no scindere la qualificata risposta; che se venissero aggiunte cose superflue ed inutili, queste non vizierebbero la risposta e si riterebbero come non aggiunte; così si considererebbe data risposta solamente al fatto principale e non all'accidentale circostanza che per avventura l'accompagnasse.

Nacque pure controversia intorno al potersi o no ritrattare una risposta data alle posizioni: si distingueva la ritrattazione fatta *incontinenti* da quella fatta *ex intervallo,* e si disse che la prima poteva farsi, non così la seconda; ma il Codice nostro ha tolto questo dubbio, volendo che il Giudice stesso interroghi e poi scriva le risposte del reo, dietro di che non resta più luogo pel rispondente alla ritrattazione, e solo vi si farebbe luogo, ove provasse essere incorso in errore.

Per diritto comune le donne, gl'idioti, i rustici all'atto di rispondere alle posizioni, possono assistersi da persona legale, quando le posizioni sieno difficili, ed essi non abbastanza sagaci, ed esperti per rispondere senza involgersi in errori. Il nostro municipale diritto, per togliere le quistioni sulla

verificazione di queste circostanze, ha indistintamente permesso che le donne, i rustici, gl'idioti, e quelle persone tutte, che non possono contrattare senza solennità, siano ammesse a rispondere alle posizioni con l'assistenza e col consiglio dei loro legali, a cui si da il giuramento di rettamente consigliare il rispettivo cliente nel rispondere alle posizioni, *L. vidimus ff. de in lit. jurand. l. si sine ff. de interrogat. action. Cod. Patr. al luog. cit.:* ma giacchè, quantunque consigliate da un Causidico, debbono esse rispondere alle posizioni, è chiaro non potersi contro i pupilli, i furiosi, i mentecatti, come non aventi discernimento, ammettere la prova delle posizioni, non potendo a queste rispondere il loro tutore o curatore, se non quando si trattasse di cosa strettamente connessa all'amministrazione che sostengono. *Veggasi la Decisione del Sup. Cons.* 9 *Giugno* 1821 *Segrè con Bonori:* questa porta che l'erede beneficiato deve rispondere alle posizioni riguardanti fatti avvenuti sotto la di lui amministrazione: e che il tutore cui il creditore del suo pupillo abbia date posizioni sopra fatti relativi alle di lui gestioni debba a quelle rispondere.

Pongono fine a questo titolo alcune riflessioni: deferirsi moltissimo al Giudice circa l'ammettere o il rigettare le posizioni, campeggiando il di lui arbitrio nella materia delle prove: dovere il ponente riservarsi il diritto di cangiare le posizioni in articoli o capitoli per far esaminare sopra questi dei testimonii, nel caso che il reo neghi le posizioni: non potere il ponente proporre il partito di giuramento decisorio sopra quei fatti che fossero stati posizionati, come neppure obbligarlo a rispondere due volte con giuramento alla stessa posizione: siccome il rispondente ad una posizione che porta il debito a dieci può, quando minore ritenga la

somma dovuta, rispondere *non credo*, così in tali casi abbia il ponente la cautela d' aggiungere la clausola *se non crede così, dica di quale somma, o come creda.*

TITOLO VI.

DELLA PROVA PER EVIDENZA.

Se le prove sono necessarie per far costare delle verità, e se non vi è verità più manifesta di quella che si presenta agli occhi stessi del Giudice, è certo, che la prova per evidenza, ossia per ispezione oculare del Tribunale, o del Giudice è la più certa, ed efficace di tutte. *Jason. in leg.* 1. *ff. de novi oper. nunciat. Azon. in summa tit. Cod. ad legem Aquil. Bald. de probat. Col.* 1. In questa, a differenza delle altre, tranne la confessione, è chiuso l'adito alle alterazioni, alle falsità, alle frodi. Molti favori quindi se le accordano dai Giureconsulti: se l' evidenza del fatto prova, dice Bartolo, iniqua una sentenza, non mai passa in regiudicata, benchè non siasi da quella appellato. *Tiraquel de retractu* §. 4. *gloss.* 12. *N.* 13. Baldo stesso in *leg. contra negantem Cod. ad leg. Aquil.* opina, che nel caso in cui uno Statuto ordinasse doversi stare al giuramento del danneggiato, esclusa ogni altra prova, debba non ostante ammettersi questa per evidenza, benchè realmente si fosse giurato: quindi essa si preferisce, ove possa aver luogo, ad ogni altro genere di prova. *Herculan. in tract. de probat. negat. N.* 246; per lo più ha luogo nelle quistioni di servitù, di confini *L. si irruptione ff. finium regundorum*, di retratti, di acque, di denunzie di nuove opere, di strade, di spese fatte in qualche luogo *Domhauder. in prax.*

civil. cap 127, di danni recati ai campi, od altri luoghi, e simili.

Secondo la pratica di quasi tutti i Tribunali si eseguisce questa prova coll'accesso del Giudice, o Tribunale col cancelliere, colle parti, coi loro difensori, testimonii, e periti, quando occorrano, sulla faccia del luogo, che forma il soggetto della quistione, e così esso stesso vede, esamina, conosce lo stato vero delle cose. Sarebbe nulla questa prova se ad ambe le parti non fosse notificato il giorno, e l'ora della di lei esecuzione, quand'anche fosse stata chiesta da una sola parte; e ciò all'oggetto, che ognuna di esse possa intervenire volendo alla medesima col proprio difensore, coi proprii periti e testimonj, ed informare il Giudice, assistere alle prove, fare le opportune osservazioni sul luogo, rispondere ai rilievi degli avversarj, veder giurare i testimonj, e periti della controparte, e simili. Se tutti questi atti non fossero fatti in contraddittorio delle parti sarebbero nulli.

Siccome però gravi spese cagiona questo genere di prova, che tante volte assorbir si videro di gran lunga il merito, ossia l'importare della lite, così il Giudice saggio, e religioso non l'accorda, quando non sia assolutamente necessario, e non possa altrimenti a quella supplirsi con relazioni peritali, od esami di pratici testimonj, scritture, mappe, e simili.

Presso noi però è ammessa questa prova, e si può chiedere in qualsiasi parte del giudizio da ambedue le parti, od anche da una sola. Pendente questa visita si può sulla faccia del luogo esaminare pettoralmente testimonj, sentir periti, osservar mappe, e rogiti relativi, segnatamente ai confini. Le spese di queste visite devono essere anticipate dal postulante salvo il gius di ripeterle in fine di causa, a termini di ragione. *Cod. Pat.*

lib. 1. *tit.* 18. §. 3. Per disposizione ancora del gius comune può farsi questa prova dopo la conclusione in causa. *Bald. in L. contra negantem, Cod. ad L. Aquil. et in L. si quis. Cod. de testib. Maranta act.* 15. *N.* 6. *Muscard de probat. volum.* 1. *quaest.* 17.

In proposito di queste prove, si disputa qual fede debba darsi alle mappe, o piante che si producono in giudizio dalle parti; distinguiamo mappe private eseguite per ordine d'un interessato, da mappe fatte e composte per ordine del Tribunale, o del Giudice per servire a qualche causa particolare, e da mappe finalmente pubbliche per vantaggio delle intere popolazioni. Ciò posto, se sono del primo genere, non meritano fede, come quelle che servono al genio, ed all'interesse di chi le ha ordinate, e pagate. *Politi de divers. contract. disert.* 4. *N.* 14. Se sono del secondo, meritano fede, a meno che non costi esser quelle involute, o in qualche parte errate, come vedremo parlando de' periti: avvertendo che abbiamo dalla *Decis. del Sup. Cons.* 29 *Novembre* 1817 *in causa Bulgarelli, con Spinelli,* che il giudizio del terzo perito può dimostrarsi erroneo con testimonj, ed in tal caso il medesimo non è più valutabile. E se finalmente sono del terzo, meritano in tutto piena fede; ma bisogna in questa regola procedere con circospezione, poichè se il perito, il geometra, oltre alle cose di semplice fatto, si fosse eretto, come suole talora accadere, in Giudice in affari di diritto, in questa parte non meriterebbe alcuna considerazione: *De Luca de judiciis disc.* 25. *N.* 8.

TITOLO VII.

DELLA PROVA PERITALE.

Per decidere una controversia o di diritto, o di fatto tante volte si esigono cognizioni in qualche arte, o scienza diversa da quella delle leggi, e perciò frequentemente in pratica si ricorre al giudizio, e criterio dei periti in arte.

I periti si adoprano in foro in duplice maniera, ossia sono di due sorta; gli uni s'inducono dalle parti come testimonj periti in qualche arte, onde provare ciò, che dalla loro cognizione, e perizia dipende, nel modo stesso con cui generalmente s' inducono i testimonj per provare cose di fatto materiale ad essi note; vi ha solo questa differenza fra i periti testimonj, ed i semplici testimonj, che cioè, questi depongono più del fatto materiale, che del diritto, ed i periti testimonj viceversa; ossia i primi rispondono più delle cose che i sensi corporei rappresentano, che di quelle dall' intelletto additate; ed i secondi depongono più sopra quello che loro detta l'intelletto, che di ciò che è stato materialmente dai loro sensi appreso; benchè sempre l'intelletto, ed i sensi vi abbiano la loro parte o più, o meno, secondo la diversa natura delle cose su cui devono deporre. Veggansi le decisioni del Supremo Consiglio *Fontana con Rosselli* 26 *Settembre* 1818, *Bartoli con Borsari* 12 *Maggio* 1821, nelle quali si stabilisce, che i periti debbano sentirsi come testimonj solo per rilevare l'antico stato, ed il valore di uno stabile. Se però concorresse la prova per periti, con quella per testimonj semplici, si deve credere più al giudizio dei primi, che dei secondi. *Decis. del Sup.*

Cons. 20 *Dicembre* 1824 *in causa Bedonni con Brascaglia.*

Gli altri poi si adoperano più a giudicare, che a far testimonianza. A questi meglio conviene il nome di assessori, e di consiglieri, che di periti. Come diffatti una volta al Giudice ignaro delle leggi si dava un assessore legale, così oggi il Giudice imperito in quell'arte, o in quella scienza dalle cui regole pende la decisione di una causa, si sceglie un assessore in tale arte, o scienza perito.

Grande è la differenza, che passa fra il perito testimonio, per così esprimersi, ed il perito assessore: dal trascurare questa distinzione nascono in pratica molti errori, e quindi molte questioni, poichè i meno cauti ammettono per generale, ed a tutti i periti applicabile il principio di gius, *Peritis in arte omnino est deferendum*, in circostanza, che sussiste bensì questa regola in astratto, ma non sempre in concreto. Quandò si tratta di periti testimonj hanno luogo per essi quelle norme, e quelle prescrizioni, che vedremo regolare la prova per testimonj, e sono pure soggetti alle medesime eccezioni, e in questi casi non ha luogo certamente la suddetta regola. Quando poi si ha discorso dei periti assessori, entra un'altra distinzione: o questi si eleggono d' uffizio dal Giudice, o dalle parti. Alle volte unanimamente i litiganti nominano al Giudice un perito loro beneviso, onde col consiglio di esso decida la lite, e in questo caso tal perito dicesi piuttosto arbitro: altre volte ciascuna parte nomina il proprio confidente a cui allora non conviene il nome nè di arbitro, nè di testimonio, nè di assessore, ma piuttosto di persona dotta in arte, o scienza, che informa il Giudice sulle cose influenti alla decisione di una causa, come un avvocato lo informerebbe dei di-

ritti del suo cliente. Ciò posto, a questi periti non è adattabile la detta regola di gius, la quale solo è applicabile al perito arbitro, ed all'assessore.

Vi ha questa differenza fra il perito scelto dal Giudice, e quello dalle parti nominato, che contro il primo può aver luogo l'eccezione di suspicione, non così contro il secondo, mentre eletto dalle parti concordemente un perito, non può più essere regolarmente da esse rifiutato: *Rota Romana coram Lodovis. Decis.* 220., *coram Ottobon Decis.* 32. *et in recent. Decis.* 74. *p.* 10.

A togliere questa eccezione, che produce inutili circuiti, ed incidenti è adottato in pratica, qualora il Giudice debbasi assumere un perito assessore, di citar prima le parti ad esibire la nota dei periti ad esse confidenti, ed altra dei diffidenti, onde uno fra primi sia scelto, o almeno altri, che non sia dei diffidenti.

Fra i varii modi di procedura adottati dai diversi Tribunali, quando occorra valersi in giudizio di periti in arte, il nostro Codice ha abbracciata la pratica invalsa nella Curia Romana, quella cioè, che ognuna delle parti nomini il proprio perito, ed in contumacia di esse nomini il Giudice. La Decisione *del Sup. Cons.* 14 *Luglio* 1821 *Beltrami con Tirelli* porta, che la sentenza fondata sulla relazione di periti nominati dal Giudice, e non dalle parti, per rilevare se alberi, o siepi in confine siano o no dentro la distanza voluta dalla legge è nulla. Siccome poi tante volte i periti così scelti dalle parti, servono più all'interesse particolare dei loro rispettivi clienti, che alle regole peritali, così nasce, che sovente non trovansi d'accordo, e perciò si deve venire all'elezione del terzo. Date agli atti le relazioni dei periti, e trovatesi queste discordi, la parte più sollecita cita l'altra a produrre la nota dei confidenti, e produce la

propria per la nomina del terzo; se in questa nota le parti sono affatto discordi, il Giudice *ex offitio* nomina il terzo, e se nel concorrere all'elezione di questo terzo fosse taluna delle parti contumace, il Giudice o nomina *ex offitio*, o conferma il nominato da una, per l'altra parte ancora, secondo crede meglio convenire.

Non parla esso Codice della nota dei diffidenti, ma non agirebbe contro il medesimo quel Giudice, che alla nota dei confidenti unir facesse l'altra dei diffidenti ancora, anzi meglio così provvederebbe alla spedizione della causa.

Tanto se il perito è stato scelto dall'unanime consenso delle parti, quanto se in loro discordia dal Giudice è partita la nomina del periziore, ha luogo la regola che *tertii periti judicio deferendum est*. La ragione è chiara: se non si dovesse stare al giudizio di questo terzo si procederebbe all'infinito. *Rot. Rom. coram Dunozet Dec.* 935. *N.* 11. *Abbas in capit. proposuisti N.* 7. *ubi Felin. N.* 5. *de probat. Merlin Decis.* 327. *N.* 6. *Bart. in L.* 2. *N.* 10. *Cod. de jure Fisci lib.* 10. *Ruini Cons.* 16. *N.* 6. *Parisi Cons.* 96. *N.* 32. ed altri molti. Ma siccome non v'è regola senza eccezione, così questa regola cessa nel caso, che il giudizio del terzo perito, tanto se nominato dal Giudice, quanto se dalle parti unanimamente eletto, sia addimostrato iniquo, od erroneo affatto, e si deve procedere dal Giudice alla scelta del quarto periziore: *Glossa in L. si unus in fine ff. de recep. Felin ubi supra N.* 1. *de probat. Rota Rom. Decis.* 428. *part.* 3. *Decis.* 342. *p.* 6. *inter recent.* Non si ammette per altro la prova testimoniale per far costare dell'erroneità del giudizio del terzo periziore, quando questo non presenti una prova manifesta di tale erroneità. *Decis. del Sup. Cons.* 20 *Dicembre* 1824 *in causa Bedonni con Brascaglia.*

Si controverte se questo terzo perito sia tenuto aderire al parere di uno dei due primi discordi, onde abbiasi la maggioranza di voti; oppure se indipendentemente da essi possa proferire, e sia attendibile tale suo giudizio. Non mancano autori, che sostengano la prima opinione: in pratica però è più adottata la seconda. *Rota Romana Decis. 3. p. 3. in recent.*, nè senza ragione. Diffatti, siccome a norma di quanto sopra si vide, i due primi periti non sono che parziali difensori delle parti rispettive, ed il terzo è un vero assessore; così, come l' assessore legale del Giudice non sarebbe tenuto aderire al parere dell'avvocato di una delle parti, il terzo perito non è tenuto ad abbracciare l'opinione di uno dei primi, ma può dare il suo giudizio singolare, come più gli sembra alla giustizia convenire.

Si dubita pure se la relazione del terzo perito debba essere preceduta dalla citazione delle parti, come quando si tratta di prolazione di sentenza, di esame di testimonj, e di altri simili atti giudiziali. Questo dubbio viene risoluto dalla pratica diversa de'varii Tribunali. Presso noi non si usa tale citazione. Il terzo perito, fatta la sua relazione, la produce agli atti per lo più sigillata, e quindi la parte più sollecita fa citare la controparte a comparire in giudizio, perchè possa volendo assistere all'apertura di questa relazione, e dedurre ogni sua occorrenza in proposito.

Il diritto comune ritiene la prova peritale come sussidiaria, da valersene cioè, quando altrimenti non si possa far costare della verità. Le cause, ove ha luogo questa prova, sono soggette a molte protrazioni, sia per l'incidente della ricusa del terzo perito come sospetto, sia per le dilazioni onde ne abbia luogo la scelta, sia perchè, interessando tante volte alle parti di trarre in lungo la causa,

procurano che i periti ritardino le relazioni, i quali disordini non possono sradicarsi perchè prodotti dalla malizia inseparabile dal genere umano.

Talora accade, che le parti compromettono spontaneamente la loro controversia a periti scelti come arbitratori, rinunciando anche al benefizio della revisione: era dubbio quindi se contro il lodo di questi periti, potesse ricorrersi al Supremo Consiglio, qualora si riscontrasse ingiusto; ma esso Supremo Consiglio nella *Decisione Solmi, e Palmieri con Vandelli del* 23 *Febbrajo* 1822, ha tolto di mezzo tal dubbio, decidendo, che la sola prova della manifesta nullità, ed erroneità del lodo, può dar diritto a ricorso contro il medesimo. Simile massima ha luogo quando anche l'arbitro, o gli arbitratori, scelti inappellabilmente, non vestano la qualità di periti.

In molti casi i Giudici, e più ancora i Tribunali collegiali, sogliono anche procurarsi stragiudizialmente delle istruzioni da dotte, e probe persone, su quelle cose che esigono bensì il giudizio de' periti, ma non in modo, che non se ne possa prescindere in atti. Se testimonj, per esempio, aventi nota la mano di uno scrivente ne riconoscono in giudizio il carattere, il Giudice potrebbe prudentemente consultare in privato periti in arte, onde confrontato il carattere d'indubbia mano dello scrivente con quello, che dai testimonj si è riconosciuto, lo assicurino se la fatta ricognizione sia sussistente, e giusta.

Siccome spesso i periti trascendono i confini della loro arte, erigersi volendo a Giudici in cose di diritto, così è bene che il Tribunale loro designi, oltre l'oggetto, anche la massima, e il modo con cui devono corrispondere alla loro destinazione.

I periti prima delle rispettive loro operazioni, o all'atto in cui rilasciano in giudizio la conseguente

relazione, devono prestare il giuramento, altrimenti il loro giudizio è nullo. *Decis. del Sup. Cons.* 28 *Giugno* 1817 *tra Malatesti, e Mastrilli.*

Anticamente si riputava impossibile la stima, e perizia di cose non più esistenti : presso i moderni però in molti casi si ritiene potere aver luogo, segnatamente nelle cose mobili, quando possa aversene la loro descrizione, *De Luca de judiciis Disc.* 33. *N.* 31. *Giurba Observ.* 31. *Decis.* 39. *p.* 7.

I periti si adoperano anche nelle liquidazioni; cercasi quindi se debbano o no queste precedere la sentenza : si distingue, o la liquidazione è stata chiesta prima della sentenza, o no: nel caso affermativo la più ricevuta opinione è, che debba precedere la sentenza, la quale altrimenti sarebbe nulla, al contrario nel secondo caso può farsi dopo la sentenza, ma sempre prima della esecuzione.

Per le liquidazioni finalmente, onde siano rettamente eseguite, devesi aver riguardo alle diverse specie del valore, ossia al prezzo delle cose, cioè al prezzo meramente naturale, ossia accidentale incerto, al prezzo puramente civile e certo, ed al prezzo misto, che almeno impropriamente partecipa dell' uno, e dell' altro, *De Luca de judiciis Disc.* 33. *in fine.* Di ciò parleremo altrove.

È finalmente da avvertirsi, che non potendo per regola di diritto costringersi la parte rea convenuta a concorrere nella prova, che intende di far l' attore, può essa ricusarsi di concorrere alla perizia, che intendesse questi di far eseguire a prova della sua intenzione. Così fu ritenuto anche dal Supremo Consiglio nella causa *Fontana con Ruscelli, e Zuccoli nel* 26 *Settembre* 1818, *e Fabbrici con Lafredini* 12 *Aprile* 1823, nelle quali si trattava di provare la lesione in una vendita, e in una rinunzia all' eredità di un vivente.

TITOLO VIII.

DELLA PROVA PER INSTRUMENTO.

La parola *Instrumento* dalle leggi romane si prende ora in lato ed ora in istretto senso, accennando col primo ogni genere di scrittura non solo, ma le deposizioni dei testimonj ancora, e tutto quello che può instruire un processo *L.* 1. *ff. de fide Instrum.* e col secondo le sole scritture: oggi si prende l'instrumento in questa ultima significazione e viene definito = *Scriptura ad rerum gestarum memoriam, et fidem facta* =.

L'instrumento, o scrittura, altro è *pubblico*, altro è *privato:* quello che viene fatto e firmato da pubblico ufficiale come tale, e colle dovute solennità, è pubblico; privato al contrario è quello che viene scritto e sottoscritto da qualsiasi persona, senza l'intervento di notaro, o di ufficiale di magistrato come tale: non cesserebbe quindi di essere scritto privato quello, che fosse firmato da più testimonj fra' quali si trovassero notari, od ufficiali di magistrato intervenuti come private persone *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 20. §. 2. Sono scritture pubbliche pertanto i rogiti dei notari, gli atti giudiziali, i libri del censo, e simili, costrutti e tenuti per pubblica autorità da pubblici impiegati per vantaggio universale; sono scritture private le apoche, antapoche, singrafe, i chirografi, i libri de' conti, le lettere famigliari, e tutto ciò, in una parola, che non è tenuto da pubblico ufficiale pel pubblico interesse.

Praticamente si distingue presso di noi l'instrumento pubblico dagli altri atti pubblici: l'instrumento propriamente tale, detto anche rogito, è

quello che viene celebrato da un notaro, e gli altri atti pubblici sono quelli che si stendono da impiegati bensì, ma non notari.

A parlare ora del rogito, è d' uopo premettere ch'esso può constare di tre parti: della preliminare esposizione dei fatti che mossero la volontà de' contraenti a determinarsi all'atto, ossia *narrativa:* del motivo sopra di cui si appoggia l' atto che celebrasi, cioè *razionale:* dell'espressione della natura, qualità del convenuto, vale a dire *dispositiva,* e questa è quella che ha forza di piena prova in giudizio, mentre il notaro può fare soltanto fede di ciò che è seguito alla di lui presenza. Quindi è che deve attenersi a questa; ma non tanto dalle semplici parole dobbiamo dedurre la volontà delle parti, quanto da tutto il contesto del rogito e dalle di lui parti che si coadiuvano e reciprocamente si danno luce *L.* 1. *ff. de reb. dub. l. qui filiab. ff. de leg.* 1. perchè non si può presumere che non abbian voluto le parti esprimere il proprio sentimento con relazione al punto principale; è perciò ragione, che non si trascurino le parole o clausole enunciative, dimostranti persone o cose, od una loro qualità, giacchè talora, quando contengono qualche cosa di connesso e relativo all'atto principale, senza di cui la disposizione non avrebbe avuto luogo *tex. in leg. optimam Cod. de contrah. empt.*, sono obbligatorie ed hanno forza di dispositiva; valga a chiarire sì fatta massima un esempio: dono a Cajo il fondo Tuscolano in vista anche della di lui solerzia nel maneggio degli affari, che ho comuni con esso; la clausola *in vista anche della di lui solerzia nel maneggio ecc.* che chiamasi propriamente *assertiva*, fa piena prova, onde io non potrò più negare di avere avuto un affare in comunione con Cajo, il quale potrà anche valersene in prova dell' usata diligenza nel medesimo; non

così però si dice delle clausole meramente *enunciative*, poste per incidente, e come dicono i Forensi *ad alium finem prolatae*, mentre non appajono emmesse con matura deliberazione, e possiamo dubitare della verità dell' enunciato, non essendo congiunto, nè relativo al negozio principale: si consulti all'opportunità *Castil. quotid. controv. lib.* 4. *de conject. et interpret. ult. volunt. Cap.* 46. *per tot.* Che se si trattasse di rogito che offerisse l' antichità di 100, od anche di 80 anni, queste clausole avrebbero forza di prova *Gratian. Discept. forens. Cap.* 893. *N.* 3. La clausola poi che indica riferirsi le parti ad altro instrumento, opera sì, che quello che la contiene, per sè non manifestando la volontà de'contraenti, circa l'atto che vuolsi porre in essere, non prova se non in concorso del relato, quantunque il notaro abbia protestato di aver lo veduto, letto, od essersene rogato *Authent. si quis in aliquo Cod. de edendo, leg. ult. ff. de probat. Gratian. Discept. forens. Cap.* 693. perchè le parti riferendosi a quel recapito, lo ravvisarono, e confirmarono come parte integrante l' atto che stipulavasi *referens sine relato nihil probat.*

Siccome è principio di ragione che ogni cosa si debba interpretare in modo che convenga colla volontà de'contraenti, così, allorquando un instrumento offre dubbi circa il vero senso di capitoli di cui fu fatta antecedentemente scrittura, si deve avere a questa ricorso, perchè fatta dalle stesse parti, e quindi appare la più certa e sicura norma della loro volontà, nel mentre che il rogito è sola opera del notaro: che se però si fosse dalla medesima receduto, non vi ha dubbio, che non potesse servire all' interpretazione. *Imol. in l. Titia §. idem respondet ff. de verb. obblig.* ma il consentimento a recedere dev' essere espresso, per

cui non si ha per intervenuto, quando l'instrumento fu celebrato *ex intervallo*, purchè, secondo alcuni, non sia trascorso un lasso di 30 giorni per presumere essersi cangiata volontà, nè quando nell' instrumento non si sia fatta menzione dei capitoli, pel motivo, che il semplice silenzio non offre criterio sufficiente per argomentare che taluno abbia acconsentito a' pregiudizj nei proprii diritti acquisiti, e ritiensi quindi dai Giureconsulti ciò avvenuto per errore *Tiraquel. de retract. conven.* §. 1. *gloss.* 1. *N.* 1. *in fin.*, consentaneo alla ragione essendo il pensare, che i contraenti sempre sieno rimasti nel primiero proposto, finchè non ispiegano volontà contraria.

Avvenendo però il caso in cui l'instrumento discordasse dai capitoli, per le ragioni e colle limitazioni suespresse, resteranno fermi i capitoli, i quali si tenteranno ridurre, con tutta cura, a piena consonanza coll' instrumento *Rot. Rom. rec. pars.* 4. *Decis.* 135. *N.* 18. 19. perchè non è presumibile aversi voluto ciò che è contrario alle precedenti convenzioni.

Il rogito ha molti privilegi: in dubbio la presunzione sta a favore di esso in modo tale che si ritiene solenne, e che porti l'espressione sicura e certa della libera volontà delle parti *Pareya de instr. edit. tit.* 1. *resolut.* 2. *N.* 8. da diritto di agire in giudizio esecutivo, pochi casi eccettuati, che vedremo parlando della via esecutiva: può prodursi in causa anche *in limine ferendae sententiae*, lo che non è permesso ad ogni altra prova, dopo la conclusione in causa: fa prova provata in giudizio, e quindi chi ha per sè una obbligazione scatente da instrumento, non è tenuto a giurare, e quantunque i testimonj facciano piena prova, nullameno, ove non cada dubbio su la fede di un instrumento, non si ammettono per eliderne

la forza, perchè il rogito fatto per conservare memoria di ciò che è seguito fra più persone, è una indubitata testimonianza, una confessione che i contraenti fanno reciprocamente per mezzo del notaro contro se stessi, e qnindi soltanto può opporsi un altro instrumento *Novel. de test. L. pen. ff. de contrah. stipul. L. pen. ff. de non numerat. pecun. l.* 1. *Cod. de test.* Qnesto principio però non è estendibile ai casi in cui si venga contro la validità dell'atto per causa di violenza, di dolo, d'inganno nei contraenti *L.* 3. *ff. quod metus causa;* o quando si trattasse di contratto posteriore o simulato, mentre piacque alle leggi che fermo rimanesse ciò che realmente si convenne, non potendo la simulazione togliere la verità *L.* 2. *Cod. plus val. quod agi quam quod simul. concipit.* e perchè non possiamo adoperarci in maniera che non sia segnito ciò che da noi fu fatto, e perchè si abborre il potere nascondere contratti illeciti, in onta alla legge: pendente però la qnistione di simulazione si deve stare al contratto come risulta scritto, perchè la verità rimane tuttora nascosta, e la presnnzione è contro ciò che vuolsi porre in essere *Fabr. in Cod. lib.* 4. *tit.* 17. *defin.* 4.

Stanno però tutti questi privilegi quando il rogito sia regolarmente celebrato. Nullo è un instrumento pubblico o per rapporto alla sostanza, o per riguardo alla forma; relativamente alla sostanza lo è quando porta convenzioni dalle leggi riprovate, od è convinto di falsità; in ordine alla forma è nullo, quando non presenta tntte le solennità essenziali dalla legge, e dalla pratica prescritte *Regol. notar.* 14 *Settembre* 1815 §. 75. Nacque poi qnistione se un instrumento provato falso in parte si dovesse avere per falso in tutto; chi ritenne doversi distinguere se ciò era avvenuto per dolo e malizia del notaro, o per errore: nel primo caso

volevasi sempre nullo il rogito, e nel secondo soltanto la parte viziata; chi ritenne indistintamente non esser mai falso in tutto; chi osservava se tal vizio cadeva su cosa non connessa e relativa all'atto principale o no, volendo nel primo caso falsa solamente quella, e nel secondo nullo l'intero rogito; veggasi *Gabriel. lib.* 7. *de maleficiis conclus.* 3. *Mascard. de Prob. conclus.* 742. *Menoch. praesumpt.* 21. *lib.* 5.; non ci sembra però senz'appoggio l'opinione di quelli, che ritengono non essere falso in tutto se il vizio, in ordine alla sostanza, percuote un capo del rogito non congiunto con altri, od in modo unito che possono separarsi *Fabr. in Cod. lib.* 4. *tit.* 16. *defin.* 29. pel principio *utile per inutile non vitiatur*, ed in ordine alla forma, se non percuote una di quelle solennità, la mancanza delle quali lo renderebbe nullo.

È essenziale a chi batte la strada del notariato, non che a quelli che aspirano all'onor della laurea il conoscere queste solennità, perciò è bene il percorrerle brevemente. Ogni instrumento deve rapporto alla forma presentare i seguenti requisiti 1.° l'invocazione del Nome divino; 2.° l'indicazione del giorno, mese, anno, e dell'Indizione corrente; 3.° quella del nome e cognome, della paternità, del domicilio dei contraenti, e dei testimonj; 4.° quella della provincia, comune, casa, camera ove è stipulato il rogito; 5.° la firma delle parti, se sanno e possono scrivere, se no l'indicazione di questa circostanza e la firma dei testimonj anche in tutti i fogli del rogito, ove avrebbero dovuto firmarsi le parti; 6.° la dichiarazione del notaro o di conoscere le parti, o di esserne stato cerziorato sotto giuramento da due testimonj, i quali possono essere quelli stessi adoperati nel contratto, e debbono sempre firmare questa loro certificazione; 7.° l'indicazione di avere pubblicato, locchè si fa colla

lettura dell'atto intero, e dei relativi inserti alle parti insieme ed ai testimonj; 8.° l'apposizione della firma e dell'impronta del tabellionato del notaro rogante. Non è prescritto l'indicare lo Stato in cui si stipula, il nome del Sovrano ivi regnante, ma ne è lodevole l'uso, e dalla maggior parte è in pratica adottato. Tutti i rogiti devono essere scritti in lingua italiana; il notaro deve cerziorare le parti sulle leggi riguardanti l'atto da essi stipulato, e farne menzione. Nessun notaro può rogarsi fuori del circondario dell'archivio cui è soggetto.

Benchè non sia da ommettersi l'invocazione di Dio e l'Indizione, pure questa mancanza non porterebbe nullità dell'atto. L'Indizione Romana è il corso di tre lustri; viene dalla parola *indicere* comandare, prescrivere, giacchè sotto i Romani si prescrisse triplice tributo pagabile dai cittadini di 5 in 5 anni: nel fine del primo quinquennio pagar si doveva in ferro onde fabbricar le armi ai soldati, nel secondo lustro in argento per lo stipendio de' medesimi, e nel terzo in oro per supplire ai bisogni della Repubblica *L. item quaeritur* §. *qui impleto ff. locati. Bertazzol. claus.* 1. *glos.* 4. Ebbe origine sotto Cesare Augusto tre anni prima della nascita del Salvatore. Scorsi i tre lustri e perciò quindici Indizioni, si ritorna alla prima. Per trovare l'Indizione corrente si dividono per quindici gli anni della corrente Era, aggiungendovi la quantità 3, e la frazione che rimane, denota l'Indizione che si cerca: se nulla resta, fatta la divisione, corre la decima quinta.

Si per quindenos Domini diviseris annos,
His tribus addiectis, inditio certa notatur,
Si nihil excedit, quindena inditio currit.

I requisiti sopra esposti non debbono ommettersi sotto pena di nullità: veggasi *Bertazzol. de clausul., Pian. notar.* 14 *Settembre* 1815.

Il mese, il giorno, l'anno, l'indizione non che le somme, e quantità ne' rogiti descritte, debbono esprimersi tanto in numero, che in lettere, e si devono specificare le monete tariffali. Non è permesso al notaro deferire alle parti giuramento, ove non sia ciò dalle leggi richiesto, ed in ogni caso si ha per non apposto. *Cod. Pat. lib.* 2. *tit.* 38. §. 3.

I testimonj devono essere idonei, cogniti al notaro, maggiori di età, domiciliati nello Stato, non aventi interesse nell' atto, non congiunti colle parti contraenti in linea retta all'infinito, e nella trasversale fino al quarto grado civile inclusivamente, e debbono saper leggere e scrivere: possono però essere parenti fra loro, ed anche congiunti col notaro rogante; per altro reputo prudente cosa, quando si possa, l'astenersi dall'adoperarli, e ciò per l'interesse, che hanno sempre di sostenere, in caso di dubbio, quell'atto, che è rogato da un loro parente.

Quando le parti firmano un rogito non è di legge, che altrettanto facciano i testimonj, pure è ottima cosa il riportare le loro firme ancora: così si ha la prova esplicita, che sanno scrivere, e meglio possono essi ricordarsi le cose a cui servirono come testimonj.

Deve procurare il notaro, che non nascano nel rogito interlineazioni, variazioni, apostille, e nel caso, che la necessità lo richiegga, devono essere firmate dalle parti, o dai testimonj se quelle non sanno, o non possono scrivere, e dal notaro; se un rogito è nullo per difetto di qualche solennità sostanziale, purchè porti la firma delle parti, o dei testimonj, senza la quale il rogito sarebbe intieramente nullo, vale come scrittura privata; ma il notaro è tenuto ai danni, ed agli interessi a favore della parte lesa a termine di ragione. *Bertaz. loc.*

cit. l. 14. Cod. de sacrosanc. Eccles. Nov. 47. Cap. 3. de sententiis. tot. tit. ff. de eo quod certo loco: veggasi pure il Piano predetto all'art. 94. il quale inoltre assoggetta il notaro a multa, o sospensione, ed anche alla destituzione a norma dei casi, e delle circostanze.

La copia autentica di un documento notarile prova egualmente che l'originale, purchè gli sia perfettamente conforme, porti il numero del repertorio, la firma, ed il segno del tabellionato del notaro, come tale, che deve esprimere essere stata detta copia opportunamente collazionata; veggasi il Piano notarile 1815 suddetto.

Ciò basti per conoscere le solennità estrinseche, le quali devono aver luogo in tutti i rogiti. Altre ve ne hanno relative particolarmente a certe persone de'contraenti, od a certi contratti, delle quali parleremo alla rispettiva sede.

Rapporto alle scritture pubbliche, ma non rogate da notaro pubblico, ed ai libri pubblici tanto se sono destinati a semplici registri d'atti, quanto se sono tenuti per conteggio di dare, ed avere, è pacificamente ammessa in foro la massima, che fanno piena fede in giudizio e pro, e contro anche a terze persone pei rispettivi oggetti, per cui sono tenuti. Questione cade il più delle volte sul determinare quali atti, e libri piuttosto ai pubblici, che ai privati appartengano.

Sono pubblici pertanto gli atti giudiziali, cioè quelli fatti davanti il Giudice, e notaro, tanto se riguardano la volontaria, che la contenziosa giurisdizione, e provano pienamente sul loro contenuto tanto in prima, che in seconda istanza, sì in un giudizio, che in un altro, quand'anche si trattasse di perenzione d'istanza. *L. final. Cod. de re jud. Haunold. trat. 4. cap. 6. controv. 7.* Sono pubblici i libri del censimento onde far prova per quan-

to riguarda l'oggetto del loro instituto, cioè il passaggio dei beni immobili dal dominio di uno in quello di un altro *cit. leg.* 4. *in princip. ff. de censibus.* non provano però in danno di un terzo che in quelli non consentì *L. casualis* 7. *Cod. de donat.* Provano pure gl' instrumenti, e le scritture desunte da pubblico archivio *Auten. ad haec de fide instrument.* Così l'Irnerio *in autentica ad haec Cod. de fide instrum.*

Disputasi se i libri di Finanza siano pubblici, o privati: distinguono gli autori: quando gli Ufficiali che tengono i medesimi sono muniti di pubblica autorità, e dipendono da questa, si hanno per pubblici: quando poi le Finanze sono affittate a particolari, che si crearono i loro impiegati, allora si ritengono per libri privati: in pratica però si ha fede anche ai libri di questi, tranne il caso in cui si tratti del vantaggio degli stessi conduttori, o i libri stessi non siano tenuti in regola. *Gait. de cred. cap.* 2. *tit.* 2. *Capyc. Latr. consult.* 66.

I libri dei Comuni, quelli delle Cancellerie Vescovili, i libri Parrocchiali provano anche presso di noi in giudizio la nascita, la morte, il matrimonio delle persone litiganti *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 18. §. 7. Cercasi se i libri de' Monasteri, Collegi, delle Chiese siano pubblici, o privati, e la comune dei pratici li ritiene privati, egualmente che gli archivj loro, come quelli nei quali niuna parte ha il pubblico interesse.

Sui libri, e sulle carte private vanno i meno esperti legali ripetendo indistintamente la regola: *Libri rationum privati probant plene contra scribentem ejusque haeredes:* ma questa regola non è in tutti i casi vera. Per non essere involti in errore è d'uopo prendere la parola *Libro* non in senso materiale, ma bensì in senso giuridico.

Pertanto quei libri che ciascun privato tiene per semplice memoria dei domestici affari, non hanno

in senso legale il nome di libri, ma di semplici memoriali, e questi non provano nè pro, nè contro lo scrivente, meno poi riguardo ai terzi; di questi mai si può chiedere in giudizio l'edizione, non volendo l'equità naturale che alcuno sia tenuto render pubblici i suoi domestici secreti. Libri bensì, legalmente parlando, s'intendono quelli, che diconsi Libri *Mastri*, i quali sono tenuti con ordine, e regole aritmetiche, e sogliono avere altri due libri preparatorj, uno che dicesi Ricordo, squarcia foglio, o memoriale, e l'altro Giornale, dai quali le singole partite con serie, ed ordine di tempo e di materie, vengono nel mastro riportate. Questi si tengono per lo più dai mercanti, banchieri, negozianti, monasteri, capitoli, confraternite, comunità, famiglie ricche ed illustri: in questi si verifica la detta regola, che provano contro lo scrivente. Di questi si può chiedere in giudizio l'edizione per un principio di equità canonica, contrario e derogatorio in questa parte al gius comune civile, e ciò sempre quando concorrono queste tre circostanze; la prova della loro esistenza al tempo della promossa lite, o dopo, presso l'avversario; l'interesse legale del petente; il caso del sussidio, cioè, che non possa il petente altrimenti provare la propria intenzione. Ciò ha luogo perchè, a differenza dei memoriali, in questi mastri non si notano i domestici segreti, e benchè non cessino di appartenere alla classe di libri privati, non ostante non mancano di avere una specie di pubblicità.

Generalmente i libri privati non provano a favore dello scrivente, salvo il caso che questi siano stati tenuti legalmente da persona notoriamente proba, onesta, legale, tanto più se fosse già morta; che le partite controverse abbiano per sè la presunzione della legge, siano da certi amminicoli

giustificate, e tutto ciò a prudente arbitrio del Giudice *Leg. istrumento* 5. *Cod. de probation. de Luca de Judiciis disc.* 30. Presso noi i libri dei mercanti, quando siano tenuti legalmente, fanno prova anche senza altri amminicoli entro la sfera del rispettivo traffico fino a modonesi L. 1000: anche conflate di più partite, per un anno, termine perentorio, scorso il quale, se il mercante non si è munito di una scritta obbligazione del debitore per l'indicata somma, non può più coll'appoggio del proprio libro giudizialmente pulsarlo che per sole L. 600, conflate ancora di più partite.

Se il credito è rispettivamente maggiore delle L. 1000 entro l'anno, o delle 600 dopo l'anno e voglia il mercante perdere l'eccesso rispettivo, è ammesso a provare col suo libro fino alle indicate quantità. Nel rimanente è conforme il Codice nostro alla pratica comune, cioè che questi libri provano sempre contro il mercante per qualunque somma, e che l'estratto delle partite, o confronto deve farsi, citata la parte avversa, onde volendo faccia intervenire il proprio Estrattore della partita che lo riguarda, oppure il Confrontatore della medesima col libro, nel caso fosse stata dal mercante estratta *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 18. §§. 8. 9. *e le Dichiarazioni* 7 *Gennaro* 1789, *e* 23 *Gennaro* 1792.

Contro terze persone i libri privati fanno qualche grado di prova, ma per se soli non giungono mai ad una piena prova. Rapporto ai libri dei tutori, curatori, amministratori, pare che non convenga loro il nome di semplici memoriali, ma neppure quello di mastri, poichè per lo più non sono tenute colle regole formali sopraccitate. Noi, trascurate le dicerie di alcuni, i quali servendo più alle parole, che allo spirito della legge, vorrebbero indurre su questi libri regole troppo rigorose, ed

irragionevoli, stabiliremo, che qualora questi libri contengano cose verosimili, concernenti l'ufficio di amministratore, quando questi sia proba ed onesta persona, massime poi se siano da giuramento amminicolate, se la maggior parte delle partite in essi notate non manchino di prove, e più finalmente, se chi li tenne sia già defunto, provano pienamente anche a vantaggio dell'amministratore, sempre però a regolato arbitrio del Giudice. *De Luca loc. cit.*

Sarebbe egli permesso a quello, cui fu fatta l'edizione di un libro l'accettare una partita favorevole, rigettandone una contraria? Non è difficile rispondere a questo dubbio; dacchè si vide altrove, che generalmente parlando, la confessione non si può scindere, *de Luca de Credit. disc.* 78.

Le scritture private fanno prova piena contro lo scrivente e gli eredi, sì per comune, come per patrio diritto, purchè lo scrivente sia capace per sè di obbligarsi. *Burat. decis.* 192. *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 20. A due questioni lascia luogo il gius comune, e sono: se una obbligazione non portante l'espressione della sua causa, sia valida, senza che il producente ne provi l'esistenza, mentre niuna obbligazione senza causa può sussistere: se, essendo fatta una scrittura privata in assenza di quello, a cui favore fu emessa, sia irretrattabile: presso noi sono tolte, mentre in ambi i casi, anche senza l'espressione della causa, non che in assenza delle parti a cui favore si emise l'obbligazione, la liberazione, la confessione, la dichiarazione, ecc: è sempre valida, ed irretrattabile: non è però proibito allo scrivente il dimostrare falsa, od erronea la causa della obbligazione.

All'oggetto, che faccia prova la scrittura privata in giudizio è d'uopo sia riconosciuta: lo dicono le leggi Romane, lo ripetono le Municipali *Leg.*

istrumenta l. rationes Cod. de probat. Cod. Pat. loc. cit. Quanto ai modi di riconoscere tali scritture, fino ad otto ne annoverano i Dottori, sempre però fra loro dissenzienti sul punto se, e, quando siano valide le rispettive ricognizioni. Si osservi Genua *de Scrip. priv. lib.* 10. *quaest.* 14. Scaccia *de judic.* Rebuffo *de recognit. chirog. N.* 75. In ciò devesi aver riguardo alla pratica diversa de' varj tribunali, la quale diversifica ancora secondo i casi e le circostanze. Noi ci occuperemo dello stile presso noi invalso.

Non faremo qui parola di quella recognizione di scrittura privata, che le parti già d'accordo eseguiscono, consegnando ad un notaro, e a due testimonj uno scritto privato col dichiarare essere il medesimo stato esteso tutto, od almeno firmato di loro rispettivo pugno, e carattere, contenere in ogni, e singola parte la verità, e col pregare il notaro a fare rogito di tale recognizione; poichè tali scritture così rogate hanno forza di pubblico documento dal dì della seguita recognizione *Cod. Pat. lib.* 2. *tit.* 36. §. 6. Avvertiremo soltanto i notari, che si rogano della ricognizione di scritture private, che qualora queste eccedono la somma di L. 400 devono essere presentate all' Archivio sotto pena di scudi 15 d'oro, ed anche di afflittiva a norma de' casi e che devon conservarne nelle loro matrici l'originale, dandone copia autentica alle parti. Sono però eccettuate da tale presentazione le scritture commerciali, e quelle che hanno privilegio come le spese funerarie, i salarj, e simili. Parleremo della ricognizione contenziosa. Lo stile presso noi in questa materia adottato è quello stesso del Tribunale dell'Auditore della Camera di Roma: l'attore cioè, che si fonda sopra una scrittura privata, deve produrla in giudizio facendo citare il preteso scrivente a riconoscerla, colla comminatoria,

che in contumacia sarà dichiarata per recognita dal Giudice: questi con regolato arbitrio fissa il termine della comparsa che praticamente è di tre giorni. Se il reo entro questi non comparisce, dopo nuova istanza dell'attore si suole accordargliene altri due, ma scorsi pur questi infruttuosamente, si decreta per recognita dal Giudice la predetta scrittura: questa recognizione dicesi contumaciale ed anche finta. Che se il reo comparisce, anche col mezzo di mandatario speciale, e riconosce il proprio carattere, dicesi recognizione vera, ossia per confessione, e l'attuario della causa ne fa rogito, e conserva l'atto in processo. L'obbligo dello scrivente di riconoscere la propria firma cessa quando ad esso competano le eccezioni di carenza di azione nel possessore della carta, d'illegittimità del di lui possesso, o di nullità delle scritture da riconoscersi *Dec. del S. C.* 31 *Luglio* 1819 *Malagoli con Cividali.* Finalmente se comparso il reo, nega la firma, o dice di non riconoscerla, si ricorre alla ricognizione per testimonj, e questa mancando, all' altra per compulso.

La ricognizione per testimonj si fa coll'esame di persone, che o siano stati presenti alla sottoscrizione, od abbiano noto il carattere del preteso scrivente, ed in quest'ultimo caso non è vera testimonianza, ma piuttosto parere, giudizio, credulità, cui si dà piena fede, quando assicurino per giuramento di aver noto il carattere di chi scrisse, contro di che però è libero alla parte avversa di tentare l'esperimento con altri testimonj. Il compulso, o confronto si fa in giudizio mediante tre calligrafi nominati dal Giudice.

Questi avendo sott'occhio scrittura d'indubitato carattere dell'asserto scrivente, come firme apposte in pubblico documento, ne fanno il paragone con quella della cui ricognizione si tratta, e decidono

su quella, e riferiscono con giuramento di avere agito giusta la loro arte, e perizia. In loro discordia si sta al voto dei più, che però devono renderne ragione. La ricognizione per confessione fa piena prova quand'anche si negasse il contenuto nella scrittura, o contro vi si eccepisse. Siccome però il riconoscere la materialità del carattere o della firma non importa confessione della validità della scrittura, così tanto se la ricognizione è vera, quanto se è contumaciale, resta salva al reo qualunque eccezione sulla validità dello scritto riconosciuto *Cod. Pat. tit.* 20. *lib.* 1.

Se la scrittura, o almeno la firma da riconoscersi non fosse di pugno del reo convenuto, ma di un terzo, potrebbe questi senza essere contumace, e senza riconoscerla, attenersi alla semplice negativa di non conoscere il carattere in discorso? Lo potrebbe, quando fosse illetterato, o quando fosse in realtà tale persona, che non potesse aver noto il carattere in discorso.

La scrittura riconosciuta, o dichiarata per recognita d'uffizio in un tribunale, si ha sempre per legittima, e provante in qualunque altro contro lo scrivente, e i suoi eredi. Le spese di ricognizione di una scrittura, o per testimonj o per compulso, sono a carico di chi negò lo scritto in questione, quando era d'altronde obbligato a riconoscerla. Si ritiene in pratica, che l'erede non estraneo sia tenuto conoscere il carattere del defunto autore, la moglie quello del marito, il padre quello del figlio, il padrone quello dell'institore, del fattore, del domestico, dello scrittore. *Ab Ecclesia obser.* 8. *N.* 9. *Concina decis.* 27. *N.* 51. *Rebuffo art.* 1. *N.* 6. *Capycio decis.* 75. *per tot.* In casi gravi queste due recognizioni per compulso e per testimonj possono cumularsi. *De Luca de judiciis disc.* 39. È rimarcabile in conferma di

questa massima, anche presso noi abbracciata, la *Decis. del Sup. Cons. nella causa Montanari con Raimon.* 8 *Aprile* 1820.

L'Estense Codice adottando la *leg.* 11. *Cod. qui potiores in pignore,* prescrisse, che la scrittura privata munita delle firme di tre testimonj maggiori di ogni eccezione desse ipoteca contro i beni dello scrivente, ed anzi prevalesse a pubblico instrumento, concorrendo questi estremi, cioè 1.° che la firma dei testimonj fosse da essi conosciuta, od in altro modo legittimamente verificata per eseguita sotto la data nello scritto espressa; 2.° che fosse debitamente archiviata, oltrepassando le modonesi L. 400. e non trattando d'affari mercantili, od ipoteche privilegiate legali, come salarj, spese funerarie; 3.° che avesse pozioritià di tempo. Prescrive di più che la presentazione all'archivio debba retrotraersi al punto dell'acquistata ipoteca *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 20. §. 2. *e leg.* 11 *Febbrajo* 1791 ed ivi la *leg.* 28 *Agosto* 1790. Riteniamo però, che questa patria disposizione sia stata tolta dall'attuale sistema ipotecario, in forza di cui non si ha convenzionale ipoteca se non che mediante un pubblico rogito.

Alla validità di una scrittura privata basta la semplice firma dell'obbligato, quand'anche il corpo della medesima fosse di mano altrui, ed anche dello stesso creditore, perchè ritengono molti, che la firma sola dia l'anima alla scrittura privata. È però cautela da non lasciarsi nel sottoscrivere una obbligazione qualunque, quella di unirvi il *vale bono,* ossia un ristretto di ciò che porta l'obbligazione: per esempio: *vale bono per L.* 1000; *affitto ec. come sopra*; e ciò attesa la facilità che vi è di esser sorpreso e di fare una propria firma a tutt'altra cosa, segnatamente da quelle persone che godono la nostra confidenza, come sono i se-

gretarj, fattori, amministratori, e simili. Cosa dovrebbe dirsi se la scrittura privata eseguita dalla mano dell'obbligato mancasse della di lui firma? Regolarmente viene tenuta come un semplice atto preparatorio, ossia minuta, locchè procede anche nel caso in cui sia apposto il sigillo od il nome dello scrivente, ma però ne manchi il cognome *Duran. decis.* 368. *Burat. decis.* 192. Si eccettua il caso in cui si trattasse di quelle persone che non sogliono firmarsi se non col solo nome, come i Sovrani, i Vescovi, e simili, oppure di altri che per costume non appongono che il proprio nome *de Luca de Judic. disc.* 30.

Le lettere famigliari, riconosciute che siano, provano esse pure contro lo scrivente, qualora specialmente siano giunte per suo volere alla loro direzione. Le lapidi, le inscrizioni antiche, se non sono d'altronde amminicolate, non fanno indubitata fede *L. monumentum ff. de religiosis*. I libri, e le storie antiche provano, quando costi che loro anticamente si prestava fede. *Mascard. de probat. conclus.* 30. *vol.* 1. Se uno asserisce di aver firmato un foglio in bianco, e nega perciò la validità dell' atto ivi esteso senza di lui consenso, deve farne la prova; locchè si dice anche di quelli, che essendo illetterati, adoperano una stampiglia, ossia un tipo. Una scrittura, che si riferisca ad un'altra niente prova, *referens sine relato nihil probat*, a meno che il riferente non porti tutto il contenuto nel relato.

Dietro la disposizione della *L. instrumenta Cod. de probat.* e dell'*Autentic. si quis vult. in fine Cod. qui potiores in pignore* ritenevano i Forensi, che al libro dei conti fra padrone e colono non si dovesse prestar fede a favore dello scrivente padrone, senza l'appoggio di molti amminicoli, portati fra gli altri da *Genua de script. priv. lib* 4.

Il Codice nostro, abbracciando la massima giustissima, che la Colonia parziaria, presso di noi mezzadria, è un contratto basato sulla buona fede, e sull'equità, ha stabilito, che tal libro lodevolmente tenuto, meriti piena fede in giudizio a favore del padrone scrivente, quando porti i seguenti requisiti: 1.° che vi sia notata ogni partita di debito e credito colla precisa indicazione del tempo, e della causa; 2.° che costi dal medesimo essere stati ristretti i conti fra padrone, e mezzadro, ed essersi a questo consegnato il ristretto; 3.° che i contadini non abbiano mai reclamato prima di passare ad ulteriori conti, e prima di venire citati in giudizio. Se poi i mezzadri non curano, o perdono il libretto portante la restrizione dei loro conti, si ha sempre fede al libro del padrone tenuto come sopra. *Cod. Pat. lib.* 2. *tit.* 30. §. 6.

Così in giudizio i libri del padrone della nave fanno fede contro, ed a favore del medesimo *Bart. in leg.* 1. *filius familiae ff. de adopt. Stracca de navibus p.* 2. §. 8.

Ai libri dei sensali si presta fede, qualora i sensali siano stati costituiti tali dalla pubblica autorità, e siano i libri tenuti legalmente. *Rota Genuen. decis.* 110. *N.* 6.

I libri dei conti di una società provano pro, e contra li socj rispettivi, giusta il parere di molti autori fra i quali Alessandro, Deciano, Cefalio Felicio, ed altri molti, appoggiati alla *l. inter chartulas Cod. de conveniendis fisici debitoribus*, ed alla *l.* 1. *ff. de duobus reis.*

L'autorità di un rogito colle sopra indicate solennità celebrato, esercita la propria forza soltanto contro quelle persone, e loro successori, che vi ebbero parte, e prestarono il consenso, ond'è che pregiudicare mai non può ai terzi: *non debet alii nocere quod inter alios actum est l.* 13. *ff. de*

jurejur. l. 7. Cod. de probat. Novel. 48. *cap.* 1. §. 1. troppo assurdo essendo che taluno a suo talento possa obbligare validamente chi mai non concorse ad assoggettarsi a simile vincolo.

TITOLO IX.

DELLA PROVA PER TESTIMONJ.

Il testimonio è una persona che si esamina in giudizio civile, o criminale, onde al Giudice faccia fede di qualche atto *LL.* 2. 3. *e* 13. *ff. de test.* Non tutti possono essere testimonj: altri sono proibiti *universalmente*, altri in certe cause, e contro certe persone soltanto, e come dicono i Pragmatici, *secundum quid*. In dubbio ogni testimonio si ritiene abile, e chi asserisce il contrario deve provarlo.

Sono *universalmente* rigettati dal render testimonianza in qualunque giudizio i furiosi, i mentecatti, i pazzi, i sordi e muti a nativitate, gl' impuberi prossimi all'infanzia, e gli ubbriachi: la ragione è che enti imperfetti non possono ricevere, ritenere, comunicare perfettamente le idee. Sono pure rigettati tutti gl'infami di diritto, cioè i condannati con pubblico giudizio, per libello famoso, per adulterio, per calunnia, per venduta testimonianza, e giurata falsità, per baratteria, estorsione, e delitto repetundarum, e coloro che nelle pubbliche catene vengono custoditi *LL. sud. L. fin. Cod. de falsa moneta. Cod. Pat. lib.* 4. *tit.* 6. §. 24. Alcuni aggiungono anche coloro, che sono infami di fatto, come le meretrici, e coloro che esercitano mestieri vili, gl'istrioni, i giocolieri, i macellai, i carnefici, gli sgherri, gli esploratori, e ciò sull'

appoggio della *Nov.* 90. *cap.* 1. Il Matteo però, l' Everardo, ed altri li ammettono qualora manchino altri maggiori di ogni eccezione, e soltanto vogliono che loro si diminuisca la fede a norma delle circostanze.

Si dissero esclusi gl'impuberi prossimi all'infanzia, mentre quelli, che sono presso la pubertà, benchè non siano maggiori d'ogni eccezione, pure si ritengono abili testimonj per argomento tratto dalla *L. fin. ff. de liber. caus.* Diventato poi taluno pubere, può deporre della cosa che vide o sentì, pendente l'età impubere. Il minore d'anni venti non era buon testimonio nei criminali Giudizj, se non a favore del reo. *L. Testimonium* 2. *ff. de Test. Carpzov. Pract. Crim. N.* 43. La nostra legge, quanto all'impubere, ne permette l'esame, e vuole che il Giudice nella sua prudenza abbia alle deposizioni di esso quel riguardo, che a norma dell'età, del discernimento, e della cognizione, gli sembrerà ragionevole: vieta però deferirsegli il giuramento. Rispetto al minore, quando scevro sia da altro rilevante difetto, viene ammesso in criminale a regolato arbitrio del Giudice, ed a norma delle circostanze *Cod. Pat. lib.* 4. *tit.* 6. §§. 22. *e* 23.

Che il furioso possa deporre delle cose successe mentre esso è a mente sana, o come dicono, nei lucidi intervalli, è certo, dietro la *L. furiosi* 40. *ff. de reg. jur.* Si dubita se nel lucido intervallo possa deporre di ciò che vide nel tempo del furore: è certo che in questo stato la fantasía del furente è così stravolta e sregolata, che vede per lo più ciò che non è in natura: pure lo Speculatore, ed il Durand hanno ritenuto l'affermativa, sul fondamento che un pupillo può deporre, fatto pubere, di ciò che vide in età pupillare: non regge però analogía di ragione, poichè il pupillo a

differenza del furioso non è privo dell'uso della ragione, e talvolta ha sensi sviluppati, e memoria felice. Relativamente ai sordi e muti *a nativitate* vedremo al Tomo II. che non tutti sono privi dell' uso della ragione: che molti educati col metodo d'istruzione inventato dal Sig. de l'Epeè perfezionato dal Sig. Sicard, possono tutto apprendere. Veggasi il *Michalor de eaeo surdo et muto*, il *Mahon nella sua medicina legale e polizia medica*, lo *Strichio de jur surd. et mut. dissert.* 4.

Il canone 4. *cap.* 3. *quaest.* 5. ritiene inabile testimonio il compratore delle liti. Tacciono su questo il gius civile comune, ed il Patrio; ma per altro se costui in foro non è del tutto rigettato, non è certamente un testimonio maggiore d'ogni eccezione. La Glossa *in verb. substantiam* §. 11. *vero absunt. Nov.* 1. ha mosso alcuni a ritenere inidonei testimonj i miserabili: la pratica bene a ragione vi si è opposta, e presso noi si ammettono indistintamente, quando non vadano soggetti ad altre rilevanti eccezioni ad arbitrio del Giudice.

Vogliono alcuni che sia tolto alle donne di far testimonianza in criminale, segnatamente in caso di delitto capitale. Ne prese la difesa Mattei *de Crim.* al *N.* 7. Noi distinguiamo: il gius canonico nel *cap. Forus al* §. *testes de verb. significat.* esclude le donne solo nei criminali Giudizj: il gius civile e la pratica le ammettono indistintamente. *L. ex eo ff. de testib. l. qui testamento* §. *mulier ff. cod.*, eccettuate le adultere, e le meretrici *L.* 3. *ff. de test.* Presso noi le donne sono sempre ammesse, benchè per la fragilità del sesso non le ritengano i Dottori maggiori d'ogni eccezione.

Il sordo non può testificare se non su ciò che vide, il cieco se non su ciò che sentì, o su ciò che vide prima della cecità: come però il senso dell'udito è meno fedele di quello della vista,

così il Giudice prudente osserverà se mai nel caso concreto avesse potuto il cieco ingannarsi. = *Serius irritant animos demissa per aures = quam quae sunt oculis commissa fidelibus = Horat. in arte poetica*. Il muto può interrogarsi, quando, sapendo scrivere, può rispondere in iscritto, o quando con segni certi, evidenti, ed a tutti noti, possa spiegarsi; il che ha luogo specialmente allorchè mancano altri testimonj.

L'eretico, l'infedele, l'apostata, e simili, regolarmente non si ammettono a testificare che nelle cause fra loro vertenti. *Campeg. de Test. reg.* 42. *e* 46. *L. Manicheos Cod. de Æret. et Manich.*

Veduti quali sono i testimonj inabili *universalmente*, osserviamo quelli che diconsi inabili *secundum quid*. L'odio, l'amore alla persona, o alla causa rendono inabili i testimonj. Quanto all' odio, l'inimico capitale non è ammesso contro il nemico, l'accusatore contro l'accusato *L.* 3. *L. si quis* 17. *Cod. de Test*. Inimicizia capitale dicesi quella che parte da gravissime ingiurie: per esempio minaccia di morte, denigrazione di fama, spoglio de'beni, e simili. In criminale avrete appreso che anche la non grave inimicizia si ha per eccezione rilevante, quando per grave sia stata appresa, e manifestata dal testimonio. *Cod. Pat. lib.* 4. *tit.* 6. §. 25. Gli argomenti dell'inimicizia basta che siano probabili, nè si richiedono prove evidenti, perchè essendo l'inimicizia una passione dell'animo, spesse volte nel cuore si cela; perciò i pratici ammettono, che basti provare l'esistenza di una giusta causa d'inimicizia perchè la causa spesse volte è congiunta coll'effetto, e perciò provata quella, assai probabile se ne rende l'effetto. Tante volte cessando questa, non cessa l'inabilità del testimonio. Bisogna osservare se la riconciliazione sia seguita con ispontaneità, oppure dietro ordine

di un superiore, e se realmente siasi ripristinata l'antica amicizia. *Covar. pract. quaest. cap.* 18. *N.* 3. Niente poi importa che sia stato causa dell' inimicizia o il testimonio, o quegli contro cui il testimonio s'induce.

Quanto all'amore che si porta alle persone, non si ammettono a testificare il padre, e gli ascendenti a favore dei figli, e discendenti, i fratelli, la moglie, il marito: anzi *parentes, et liberi invicem adversus se, nec volentes, ad testimonium admittendi sunt L. testis* 9. *ff. de testib. L.* 6. *Cod. eodem L.* 19. *Cod. de his qui accus. non poss. L.* 13. *milites ff. de re milit.* Talora però i fratelli si ammettono, segnatamente qualora siano ritenuti d' illibata fede e religione, si tratti di deporre fra due fratelli, se concorra altro testimonio maggiore di ogni eccezione, se la natura delle cause sia tale che ammetta domestici testimonj *Haunoldi tract.* 4. *h. t.*

Ciò si estende al padre naturale, e all'adottivo, pendente l'adozione. *Argum. L.* 8. *ff. de in jus vocand.* Cessano queste eccezioni, quando ambe le parti litiganti siano nello stesso grado congiunti col testimonio, per cui il padre potrebb'essere testimonio fra due figli, e simili ec. Gli altri consanguinei sono testimonj abili, ma non maggiori di ogni eccezione. Lo stesso si dica degli affini, e degli amici, per massima da tutti i pratici adottata. *Voet ad Pandect. lib.* 22. *tit.* 5. Quanto al suocero, al genero, alla nuora, viene rimessa la cosa al prudente arbitrio del Giudice.

I famigliari, i domestici, sotto nome de'quali s'intendono coloro che sono attualmente a taluno, come a capo soggetti, non sono *regolarmente* idonei testimonj, eccettuati i casi di prova difficile di cose antiche, ed occulte. *L. perspiciendum* 11. *ff. de poenis. Borell. ad L.* 2. *Cod. de test. Cod.*

Pat. loc. cit. §. 26. Si disse regolarmente, giacchè in molti casi i domestici sono ammessi a regolato arbitrio del Giudice: chi non vede diffatti la differenza che passa tra un domestico ai più bassi e vili oggetti destinato, ed il segretario, l'agente generale, l'intendente delle famiglie illustri e simili? Cessate poi le qualità di domestico, possono i famigliari essere liberamente ammessi come testimonj, a meno che dolosamente non fosse un tal domestico licenziato, onde servir potesse come testimonio al padrone. Il suddito può esaminarsi nelle cause del suo Principe, così il colono parziario per il suo padrone. Haunoldi ove sopra.

Il tutore non può essere testimonio nelle cause del pupillo. *L. fin. ff. h. t.* Cessa però la disposizione di questa legge, quando il Giudice diede un curatore alla lite del pupillo a pericolo del medesimo. Così ritiene la comune de' Giureconsulti: *Campeg. de Test. reg.* 18. *Haunold. h. t. Voet. l. c.* Il socio nella causa comune a favore del socio non è abile testimonio. Negli affari criminali poi si rigetta, qualora non si tratti di delitto grave, ed occulto, oppure tale che altrimenti non ne potesse costare. *L. quoniam Cod. de Test.*

Rapporto all'affezione alla causa, sono rimossi dal testificare in giudizio l'avvocato, ed il procuratore nelle cause rispettivamente dirette, e difese. Sarebbe anche ingiusto che queste persone dovessero col loro esame tradire i segreti dei loro clienti. *Cap. fin. de Test. in sexto, Anton. Fabr. in Cod. lib.* 4. *tit.* 65. Se però vi fosse il consenso d'ambe le parti, o si trattasse di cose non direttamente appartenenti alla causa difesa, cesserebbe la loro inabilità *Campeg. loc. cit.* In secondo luogo non sono ammessi i sensali, i mediatori, i sollecitatori nelle cause da essi maneggiate. In terzo luogo i Giudici, gli arbitri, arbitratori

nelle cause da essi decise. In quarto luogo gli esecutori, o messi nelle cause loro affidate. *L. ult. ff. h. t.* In quinto luogo il correo, fidejussore, venditore, rilevatore nelle cause rispettive del correo, principal debitore, compratore, rilevato, e simili ec. L' interesse loro potrebbe tradirli. *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur* = *Leg.* 10. *ff. de testib.*

Nè qui si limitano le eccezioni, che si possono affacciare ai testimonj a senso delle leggi, e delle massime forensi. Lungo troppo sarebbe l' annoverarle tutte. Veggasi il Farinaccio, che dottamente scrisse un intiero volume di molta mole sui testimonj. Serva intanto per regola generale, che la vera misura della credibilità dei testimonj, si è l' interesse che essi hanno di dire, o di non dire la verità. *Beccaria dei delitti, e delle pene* §. 8. Tocca al Giudice, dice Calistrato, il ponderare saviamente qual fede debbasi ai testimonj *L.* 3. *ff. h. t.*

Oggi in pratica, rigettati gl' inabili *assolutamente*, si ammettono i testimonj inabili soltanto *secundum quid*, salvo al reo di eccepire contro i medesimi. *Groenvegen ad L.* 24. *ff. h. t.* È regola generale del gius civile nella *L.* 19. *Cod. de Test.*, non che del canonico al *Cap.* 1. *de Test. cognoscend.* che l' idoneo testimonio può costringersi a testificare in giudizio o colla multa, o col pegno, e talora anche coll' arresto. *Gaill. obs.* 100. *lib.* 1. Vi hanno però due eccezioni: alcuni non possono costringersi a deporre contro certe persone, ed altre non possono costringersi a venire in foro. Quanto alla prima eccezione non si possono costringere i consanguinei, ed affini entro il 4. grado canonico, la moglie contro il marito, e questi contro il padre della moglie, e viceversa. *Paulo nella L.* 4. *ff. de Test. L.* 5. *ff. Cod.* In

questa categoria la comune de' Giureconsulti pone anche colui che sia chiamato a testificare su di un fatto che a proprio disonore, ed infamia ridondi. *Berlich. decis.* 16. *Mansig. cent.* 6. *observ.* 92. In criminale i consanguinei, ed affini in due casi si obbligano a testificare l' uno contro l' altro, cioè 1.° Se sono nominati dal reo, 2.° se il delitto è atroce, e prova il fisco che di esso non può in altro modo costare. Presso noi in questo secondo caso si esige il permesso del Supremo Consiglio di Giustizia. *Cod. Pat. lib.* 4. *tit.* 6. §. 27. *Mascard. de probat. conclus.* 858.

Quelli poi che si possono costringere a deporre, ma non a comparire in foro sono i settuagenarj, valetudinarj, le oneste, ed educate zitelle, le matrone, le donne gravide, le persone egregie, i militari illustri. *LL.* 3. 8. 15. 19. *ff. h. t.* Rapporto a queste persone prescrivono le leggi sì civili, che canoniche, lo persuade l' urbanità, lo adotta la pratica, che si esaminino nelle loro rispettive case. *Bassan. Prax. crim. lib.* 2. *cap.* 2. *N.* 15. *Voet. loc. cit. Cap.* 2. *de Judic. in sexto.* Anticamente i servi, le persone vili, ed abbiette molte volte non si sentivano in esame senza i tormenti, massime se si trattava d' infami *Guazzin. dif. de rei dis.* 14. *cap.* 11. Presso noi è totalmente abolita la tortura, contro cui tanto declamarono i filosofi, e fra gli altri Boemero, Beccaria, Filangieri.

Si ha prova concludente e piena in giudizio coll' esame contesto di due testimonj maggiori di ogni eccezione. Lo disse prima il Deuteronomio al *Cap.* 29. *non stabit unus contra aliquem: in ore duorum, vel trium stat omne verbum.* Lo ripeterono le leggi civili. *Sancimus ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclaro Curiae honore perfulgeat. L.* 9. *Cod. h. t.;* non che le

canoniche: *nulla est causa, quae unius testimonio, quamvis legitimo terminetur, Cap.* 13. *h. t.* Veggasi pure la legge *maritus* 20. *ff. de quaestion. e la leg.* 12. *ff. de Test. unius testimonio non est credendum.* Ad onta però di testi così tassativi e chiari, alcuno fra Giureconsulti ha opinato, che anche ad un solo debba prestarsi piena fede. Mi si dica che in qualche caso, bastando una semipiena prova, si ammette il deposto di un solo testimonio, e ciò accordo; ma un solo testimonio non costituisce mai prova perfetta. Il Codice Patrio si è uniformato all'opinione più comune, ed ha ritenuto che un testimonio solo, benchè maggiore d'ogni eccezione, non costituisca che una semipiena, e che la piena prova si abbia soltanto dal contesto deposto di due testimonj maggiori di ogni eccezione. Ciò sia detto rapporto alle prove da farsi in giudizio, mentre relativamente agli atti *inter vivos o causa mortis*, talora si richiede un numero maggiore di testimonj, come vedremo a suo luogo. Se una parte per vessare l'altra volesse indurre un superfluo numero di testimonj, l'equità del Giudice potrebbe ridurlo, a senso della *L.* 1. *in fine ff. h. t.*

Vedute l'eccezioni che possono affacciarsi alle persone dei testimonj, vediamo quelle che possono aver luogo contro la forma del loro esame, o contro il deposto loro.

Perchè l'esame dei testimonj sia valido deve osservarsi quanto segue, cioè chi vuol prevalersi della prova testimoniale, deve stendere la materia, su cui hanno a sentirsi i testimonj, in tanti capitoli, ossiano articoli separati, che debbono essere chiari, positivi, e concernenti l'affare in quistione, altrimenti sarebbero dal Giudice rigettati. *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 4. La Decisione del Supremo Consiglio 10 Settembre 1816 *Carandini con*

Rovere, mentre prescrive non doversi angustiare le prove per testimonj, stabilisce ancora che non sono ammessi per provare fatti negativi: così non sarebbero oggi ammessi per provare oltre L. 150 Italiane quando l'obbligazione fu assunta sotto il Codice Italiano *Decis.* 15 *Giugno* 1816 *Grappi con Modena, e decis.* 10 *Dicembre* 1816 *Segrè con Sandini*. È però ammesso il testimonio a provare un' illecita simulazione o la falsa causa di un'obbligazione, benchè nata sotto il regime del Cod. Italiano *Decis.* 9 *Febbrajo* 1822 *Toschi con Camuncoli*. Deve l'attore produrre questi capitoli, instare per la loro admissione, nominare il proprio esaminatore, e chiedere sia citata la parte avversa a nominare il proprio interrogatore, o a produrre i proprj interrogatorj in iscritto da farsi al testimonio, colla comminatoria, che in contumacia si procederà niente più, niente meno agli esami. Il Giudice assegna un termine al reo di 4 giorni, a meno che le circostanze non suggeriscano alla di lui equità di assegnarne uno più lungo. Scorso questo termine infruttuosamente, l'attore replica perchè allo stesso oggetto, e colla medesima comminatoria sia al reo assegnato un altro termine più breve: Così decise anche il Supremo Consiglio nel 16 Agosto 1823 in causa *Gavioli con Ferrari*: questo suol essere la metà del primo; e perciò un biduo. Se questo ancora lascia scorrere inutilmente il reo, l'attore chiede fissarsi il giorno, e l'ora per l'esame: ciò fatto, deve notificarsi al reo. Nel giorno, ed ora stabilita i testimonj comparsi devono prima di tutto prendere il giuramento di dire la verità, a delazione del Giudice, e presso noi anche del solo notaro, indi devono interrogarsi se fu nominato l'interrogatore, o se dati vennero in iscritto gl'interrogatorj, e poscia esaminarsi sui capitoli. Nella delazione di tale giuramento devesi

stare, rapporto alla formola, alla diversa pratica de' Tribunali. Presso noi il Laico lo presta *tactis scripturis;* il Sacerdote *tacto pectore,* l'Ebreo *tacta Biblia,* il Cavaliere di qualunque ordine *tacta cruce,* ed il Vescovo *inspectis Evangeliis.*

Il Supremo Consiglio di Giustizia ha fissato delle massime particolari da osservarsi negli esami di persone ecclesiastiche e sono le seguenti.

Non si possono queste chiamare ad esame in giudizio, se non quando il fatto articolato sia positivamente influente, e manchino altri testimonj laici, coi quali supplire. Non si ammetterà l'esame dei Sacerdoti sopra atti, che per loro natura si riconosca poter essere noti ai medesimi soltanto in causa del loro carattere, nè i Sacerdoti potranno essere costretti a rispondere, quando affermino che non è loro lecito di rispondere ad un dato interrogatorio, giusta l'avvertita massima: qualora però occorresse fondato motivo di dubbio, se ne farà rapporto al Supremo Consiglio di Giustizia. Ammesso l'esame, il tribunale o giusdicente, cui spetta di esaminare persone ecclesiastiche, dovrà farne requisitoria all'Ordinario, da cui dipende il testimonio, od al Vicario foraneo, nella cui Congregazione è quegli domiciliato, quando per la distanza dei luoghi, o per l'urgenza della celere spedizione della causa potesse nascere troppo indugio dal dirigere la predetta requisitoria all'Ordinario. Il testimonio ecclesiastico può giurare nelle mani dell'Ordinario o del vicario foraneo, e se di tal giuramento esibirà un certificato negli atti della curia, non potrà essere astretto a giurare di nuovo. Qualora spirasse il giorno assegnato nella requisitoria, di cui sopra, senza che il testimonio sia comparso, o abbia adotti motivi giusti di ritardo, sarà il medesimo precettato dal Giudice colle comminatorie di regola, presumendolo con-

tumace. Del resto i tribunali, e giusdicenti praticheranno cogli ecclesiastici quei riguardi di convenienza che si osservano colle Persone qualificate. *Norme, e Discipline del Supr. Cons. di Giustizia* 8 *Luglio* 1817.

Tanto le interrogazioni da farsi ai testimonj dall' interrogatore, che sia nominato dal reo, quanto gl' interrogatorj che siano prodotti in iscritto, devono essere concernenti, almeno indirettamente, la materia capitolata, nè debbono contenere cose criminose, o turpi contro il testimonio, altrimenti non sarebbero ammessi. Si è disputato se sia essenziale la citazione al testimonio, oppure se basti che questo si presenti spontaneo all'esame, e quantunque si ritenga non essenziale tale citazione, pure, segnatamente nelle cause gravi, non si suole ommettere, perchè quel testimonio che si offre spontaneo all'esame mostra una certa particolare propensione alla persona che lo induce, e perciò soffre qualche diminuzione di fede. Dicesi spontaneo quel testimonio che si presenta, come si è avvertito, in giudizio senza essere citato, che depone sopra qualche fatto senza esserne interrogato dal Giudice, perchè l'ultroneità si paragona alla spontaneità, e quegli finalmente che aveva qualche privilegio per esimersi dal testificare, e non lo affacciò, oppure non aspettò, che contro di lui la Curia avesse comminata una pena per la contumacia.

Le suddette formalità devono concorrere regolarmente negli esami, quand'anche si trattasse di prove testimoniali riguardanti fatti avvenuti sotto il regime del cessato Codice Italiano, perchè trattandosi di diritto semplicemente ordinatorio, devesi attendere, ed osservare quello che è vigente all' atto del giudizio, non quello che vigeva quando seguì il fatto o l'obbligazione da provarsi. Ma se

per una parte devesi nell'istruzione della prova testimoniale osservare il metodo Estense, si deve per l'altra, quanto al diritto decisorio, provare l' obbligazione od il fatto avvenuto prima della riattivazione del Codice Estense, giusta i principj e le massime in allora vigenti. Vedi il §. 8. *delle Istruzioni, ed Ordini* 12 *Giugno* 1826.

Molte volte, e segnatamente nelle visite giudiziali, instando le parti, possono sentirsi i testimonj dal Giudice sommariamente. Le nullità di un esame non potrebbero essere opposte da una delle parti litiganti a danno dell'altra, quando gli esami proprj peccassero della medesima nullità, e le parti stesse possono sempre rinunciare a tali solennità.

Se un esame è pienamente nullo, può replicarsi, giusta il principio canonico *non praestat impedimentum quod de jure non sortitur effectum.*

La *Leg.* 9. *ff. de Test.* dispone, che *testes non sunt temere evocandi per longum iter.* Se quindi si dovessero esaminare testimonj domiciliati in luogo molto lontano dal tribunale, in cui si agita la quistione, dovrebbero esaminarsi con requisitoriale, che dicesi più precisamente remissoriale. *Novell.* 90. *cap.* 5. *Regolamento* 29 *Agosto* 1814 *N.* 3. In tal caso la forma prescritta dal Giudice delegante nelle lettere remissoriali deve dal Giudice delegato osservarsi *ad unguem*, altrimenti gli esami sarebbero nulli, non essendo lecito al delegato stesso di escire dai limiti del mandato. Le spese occorrenti per gli esami si pagano da chi ottiene le remissoriali. L'accordare o il negare le remissoriali sta all'arbitrio del Giudice, il quale deve aver riguardo alla distanza del luogo ove si trovano i testimonj, all'entità della materia che si vuol provare, all'esservi, o no altro mezzo di prova più spedita, e simili. La remissoria, quantunque sia stata chiesta da una sola parte, accordata che sia,

è comune ad ambe le parti, cosicchè se quegli che la chiese, rinunzia, quanto al suo comodo, alla prova testimoniale, tale rinunzia non può pregiudicare all'altro litigante. *Peregrin. Prax. Vicar. Part. 11. Sect. 11. Subsect. VII.*

Si disputa fra i pratici, se, pubblicati gli esami, possano ammettersi nuovi testimonj. La più comune opinione sta per la negativa, non però senza limitazioni, delle quali il Soccino ne annovera quarantanove. Cessa questo dubbio fra noi, giacchè il Codice nostro al §. 10. di questo titolo stabilisce, che dopo pubblicati i testificati per ambe le parti, non si possono ammettere testimonj sopra capitoli direttamente contrarj, qualora siavi pericolo di subornazione, secondo il regolato arbitrio del Giudice, il quale deve ancora aver riflesso alle qualità dei nuovi testimonj da esaminarsi. Tale disposizione coincide coll' altra della Clementina 2. a questo titolo. Così decise anche il Supremo Consiglio nel 24. *Febbraro* 1824. *in causa Bellodi con Bellodi.*

Passiamo ora alle eccezioni contro il deposto dei testimonj. Perchè l'asserto dei testimonj faccia prova è d'uopo che essi depongano della propria scienza, e della causa della medesima, indicando cioè il senso per mezzo di cui l'acquistarono, giacchè = *nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu* = Senza questa ragione che deve essere vera, ed al fatto di cui si tratta conveniente, la deposizione del testimonio è un corpo senz' anima. *L. qui testimonium ff. de Test. L. Testium Cod. eod.* Dippiù devono i testimonj esporre i mezzi, posti i quali hanno potuto far uso del senso, per cui asseriscono aver avuto la notizia su ciò che depongono: così dicendo aver visto di notte, devono additare se splendeva la luna, o se qualche altro artifizial lume diradava le tenebre *Calder. Decis. 6. N. 48. Cod. Pat. lib. 4. tit. 6.*

§. 70. Su di che però si rifletta essere necessario che il Giudice lo interroghi, ricercandolo di questa causa, altrimenti regge il detto del testimonio, anche senza l'indicazione della causa. Non è viziata la deposizione del testimonio, quando la causa della scienza fosse da lui indicata in modo grossolano, e senza sottigliezza di ragionamento: chè anzi se un testimonio fosse interrogato sopra sottigliezza di gius, potrebbe rifiutarsi dal rispondere, allegando ignoranza, senza che perciò il suo detto riuscisse sospetto, a meno che non si trattasse di sottigliezze riguardanti la di lui arte, o professione.

Le deposizioni devono essere chiare, concludenti, categoriche, certe. *Giason. in L.* 1. *ff. de iust., et jur.* Perciò i testimonj *de auditu*, i testimonj varj, vacillanti, contraddicenti a se stessi non meritano fede. *Bonfin. ad bannim. gen. cap.* 2. *N.* 13., *et cap.* 36. *N.* 12. Secondo le circostanze è d'uopo di più talora individuare precisamente nell' esame le più minute circostanze di luogo, e di tempo, come per esempio: se si cercasse chi fra due avesse pel primo stipulato un contratto con un terzo. Devesi deporre di propria scienza, e non di semplice credulità, quand'anche fosse questa appoggiata a plausibili ragioni. Si eccettuano i periti, i medici, i chirurghi, le ostetrici, e simili, che possono deporre di credulità in ciò che riguarda la loro arte, o perizia, come pure i testimonj deponenti di cose, sulle quali per natura non si può ottenere certa notizia, come per esempio sulla filiazione, o paternità; anzi il testimonio che depone di credulità fa piena fede contro l'inducente, *Decis. del Sup. Cons.* 21 *Novembre* 1818 *Cavaletti con Cavaletti.*

I testimonj singolari non fanno prova: *dictum unius, dictum nullius.* Testimonj singolari diconsi quelli, che non depongono tutti di un'identica

cosa, ma bensì di diverse. Questa singolarità è di tre specie: *cumulativa*, *ostativa*, e *diversificativa*. *Cumulativa* è quando più testimonj singolarmente depongono di diversi atti tutti però conducenti a provar quello, di cui si tratta: per esempio Tizio depone aver veduto decimare il grano, Sejo il vino, Lucio il fieno, i quali tre testimonj benchè singolari provano tutti la decimazione, ed a norma delle circostanze il loro detto fa piena fede. Singolarità *ostativa* è quando più testimonj depongono di atti fra loro ripugnanti, di modo che uno distrugge l'altro. Questi non costituiscono prova alcuna, anzi quanti più sono, tanto minor fede meritano, crescendo così vieppiù le contraddizioni. Di tal fatta furono i vecchioni accusatori di Susanna, che soffersero, come calunniatori, la lapidazione. *Diversificativa* finalmente è quando si depone di fatti diversi, de' quali però l' uno non distrugge l'altro; locchè può essere in due modi, cioè o deponendo d' atti diversi fra loro, come per esempio di deposito, e di mutuo, ovvero di atti della medesima natura reiterati, come se uno deponga aver veduto Tizio esigere usure da Cajo, ed altri dica averlo veduto parimenti esigere usure da Sejo. Nel primo caso ciascun deponente ha quella fede, che si da ad un unico testimonio: nel secondo caso è sempre controverso qual fede debbasi a tali testimonj diversificativi. L' equità del Giudice, a nostro credere, regolata dalle diverse circostanze, decide questo dubbio, su cui non si può dar norma invariabile e positiva.

Intanto si ritenga per regola generale, che i testimonj all' oggetto che non possano dirsi singolari, debbono concordare circa alla *cosa*, alla *persona*, al *luogo*, ed al *tempo*. Circa alla *cosa* s' infirma il detto dei testimonj, quando uno parla di

un fatto, l' altro di un fatto sostanzialmente diverso. Così circa alla persona saranno discordi e singolari i testimonj se non convengono nel determinare la persona autrice del fatto che si vuole chiarire. Parimenti circa al *luogo*, ed al *tempo* si hanno per singolari i testimonj se uno asserisce il tal'atto essere seguito in un luogo, ed in un tempo determinato, ed un altro deponga essere accaduto in un luogo, ed in un tempo diverso. Se però il tempo indicato dall'uno s'includesse nel tempo indicato dall'altro, come se un testimonio parlasse di un certo giorno, ed un altro di un'ora del giorno stesso, i loro detti non si potrebbero ritenere discordi, e sarebbero attendibili. Così pure le deposizioni dei testimonj provano pienamente, quando concordano nella sostanza, poco, o nulla curandosi le discordanze di essi sopra qualche accidente del fatto; anzi talora i testimonj troppo contesti e che depongono col medesimo premeditato discorso divengono sospetti *de Luca de testib. disc.* 32.

Benchè i pratici ammettessero la regola *fides non facit fidem*, non ostante si disputava in pratica qual fede meritassero in giudizio attestati ammessi da taluno a favore di un altro. Il nostro Codice troncò ogni quistione, volendo che i testimonj non si possano ammettere all'esame, quando abbiano emmesso a favore dell'inducente qualche attestato sul merito della materia capitolata. Non è però vietato l'esame sui capitoli prodotti dall'altra parte, a cui favore non si emmisero attestati. Il Perito che dovesse esaminarsi sullo stato, e valore dei fondi controversi può tener sott'occhio le sue matrici, ma deve rispondere agl'interrogatorj che gli vengono fatti in coerenza ai capitoli dal Giudice ammessi: che se l'interrogatore ne facesse degli estranei affatto ai medesimi, il Perito non sarebbe tenuto a rispondervi. In dubbio decide il Giudice.

A provare il pagamento di un debito da scrittura autentica apparente si esigono cinque testimonj, giusta la *L.* 18. *Cod. h. t.* Presso noi se il debito eccede lire mille di Modena, e risulti da scritto pubblico, o privato, non se ne giustifica il pagamento colla sola prova testimoniale. La società, la cessione delle ragioni ed azioni; la compra e vendita, tutti i contratti insomma trasferenti dominio, e possesso di stabili, e finalmente i crediti, che eccedono la somma di modonesi lire cinquecento, quando non procedano da contratto di bestiame, non si provano per soli testimonj, a meno che il contraente o creditore non sia d' ogni altra prova destituto. Che se il debito è conflato di diverse partite, si possono provare per testimonj quelle che non eccedono dette L. 500.

I testimonj devono esaminarsi l'uno dopo l'altro, senza che le parti possano esservi presenti, e ciò per evitare il pericolo di subornazione. Prima di tutto loro si deve deferire dal Giudice, o dal notaro il giuramento di dire la verità, dell'importanza del quale gl' idioti debbono essere avvisati. Nella delazione di questo devesi stare alla pratica dei diversi tribunali. Per lo più il Laico presta il giuramento *tactis scripturis*, il Sacerdote *tacto pectore*, l'Ebreo *tacto calamo, o tacta biblia*, il Cavaliere, qualunque siane l' ordine, *tacta cruce*, ed il Vescovo *inspectis Evangeliis*.

Gl' interrogatorj da farsi ai testimonj altri sono *generali*, ed altri *speciali*. I primi sono quelli, che indistintamente si fanno a tutti i testimonj: per esempio sul nome e cognome, sulla patria, sull' età, sullo stato, sulla professione, possidenza, religione, amicizia, inimicizia, parentela verso le parti, sull' interesse nella causa, e simili. *Speciali* sono quelli, che vertono sui capitoli prodotti dall' articolante, e variano al variare delle cause e dei

fatti. Non è tenuto il Giudice, o notaro esaminante tener l'ordine dei capitoli nell'esaminare il testimonio, ma può variare, come meglio gli sembra per ottenere la verità. Così essendosi capitolato soltanto sopra fatti parziali, può esaminare anche sulla causa in generale: deve però essere molto religioso per non istruire il testimonio nè direttamente, nè indirettamente, onde indurlo piuttosto a deporre in un modo, che nell'altro, per non lasciarsi isfuggire interrogazioni suggestive, per non notare nè più, nè meno di quello che il testimonio depone, altrimenti sarebbe tenuto di falsità. L'interveniente per la parte avversaria non deve permettere che il testimonio risponda a dimanda suggestiva, impertinente, o capziosa; ma insistendo l'interrogante, deve far sospendere l'esame, onde prima si decida, se sia ammissibile, o no l'interrogatorio. Una parte contro cui abbiano deposto dei testimonj ha diritto di far la sua riprova con altri testimonj *L. si quis testibus* 17. *L. ult. Cod. h. t. anth. si testis Cod. h. t.* giustificando, per esempio, che furono testimonj inidonei, corrotti, che furono contraddicenti, che ebbero a sperar lucro o a temer danno dalla loro deposizione, e simili.

Avvertasi in fine esser cosa prudente ed utile, essendo citato per l'esame dei testimonj, il riservarsi con protesta il diritto di eccepire non solo contro il detto, ma anche contro la persona dei testimonj, mentre, secondo molti, senza tale protesta, pubblicate le deposizioni, più non sarebbe luogo ad eccezione simile. Così Bartolo, Everardo, Butrio, e molti altri.

TITOLO X.

DELLA PROVA PER GIURAMENTO.

La più utile fra tutte le prove per l' oggetto di finir presto le liti, e col minore possibile dispendio, si è il *Giuramento :* preso questo, la lite è finita a vantaggio di chi ha giurato. Il giuramento variamente si definisce dagli autori, ma tutti coincidono all' incirca ad un punto solo, che cioè sia = *Divini nominis assumptio in id quod asseritur* = l' invocare il Nome di Dio in prova di quanto si asserisce. Il giuramento è una specie di transazione: ha maggiore autorità della regiudicata, ed è, come vedremo, un' eccezione perentoria di lite finita, impediente l' ingresso della medesima.

Altro dicesi *promissorio*, altro *assertorio*: il primo è quello che riguarda futuri negozj, cui accede per la loro fermezza e validità: il secondo riguarda gli affari presenti, e principalmente i passati.

Quest' ultimo si divide in *volontario*, *necessario*, *giudiziale*. Sono discordi i Greci, ed i Latini nel definire partitamente queste tre specie di giuramento. Cujaccio ed altri chiamano volontario quello, che una parte all' altra deferisce sì in giudizio, che fuori; necessario quello che venendo da una parte deferito all' altra, questa a quella può riferire: giudiziale poi quello che dal Giudice si ingiugne ad una delle parti *ex offitio*: Voet l' intende diversamente nelle sue Pandette a questo titolo. Noi dividiamo il giuramento in *Convenzionale*, ossia *Stragiudiziale*, ed in *Giudiziale*. Il primo ha luogo fra persone non contendenti, e fuori di giudizio: dipende dall' arbitrio dei paciscenti, e può dirsi perciò volontario. Il secondo ha luogo nei giudizj contenziosi, e lo dividiamo in tre specie

Decisorio, *Suppletorio*, *Estimatorio*. Decisorio è quello che una parte all' altra deferisce per farne dipendere la decisione della causa, ed è perciò che dicesi decisorio. Il Suppletorio dal Giudice si accorda a chi provò semipienamente la propria intenzione, onde così abbia completa prova: perciò prese il nome di Suppletorio. Estimatorio è quello che il Giudice deferisce a colui, al quale per dolo o colpa lata dell' avversario, non viene restituito, esibito, o pagato quanto gli è dovuto, all' oggetto che ne resti fissato il valore, e da tale scopo chiamasi Estimatorio. Accursio negò si potesse dare questo giuramento a colui che non per dolo, ma per sola colpa lata non può restituire la cosa intorno a cui vi ha lite; ma la comune opinione è contraria, sia perchè l' affirmativa è appoggiata alla *Leg. sin vero* 2. *Cod. h. t.* la quale dispone che quando non si tratta di dolo o *colpa lata* non si darà giuramento, sia perchè la colpa lata assai spesso al dolo si paragona; che se la *L. ex culpa* 4. *ff. h. t.* dice che per colpa non si deve deferire il giuramento, non possiamo che ritenere intender essa della colpa leve, perchè in diritto parlando di colpa senz' altro aggiugnere, s' intende sempre colpa leve. Il decisorio potrebbe dirsi anche volontario, in quanto che, rapporto all' attore, dipende dal suo volere il proporne o nò il partito; e rispetto al reo è in suo arbitrio l' accettare tale partito di giuramento, o di riferirlo al proponente. Il Suppletorio può dirsi necessario perchè non si può riferire, nè ricusarlo senza soccombere nel giudizio.

Non è quì luogo a ragionare del giuramento convenzionale, o stragiudiziale; parleremo soltanto di quei giuramenti, che hanno luogo nei giudizj civili.

Il giuramento decisorio può aver luogo in tutte le cause civili siano personali, reali, rei-persecutorie, o penali; non però nei giudizj criminali per timore dello spergiuro. *Jul. Clar.* nelle sue sentenze *lib.* 5. *quaest.* 63. Si può proporre il partito del giuramento decisorio sì dall' attore che dal reo in qualunque parte del giudizio, prima però che sia posto l' ordine alla sentenza, od al decreto definitivo. *L. generaliter* 12. *Cod. h. l. Voet ad Pand. lib.* 12. *tit.* 2. così prescrive ancora il Patrio Codice a questo titolo. Affinchè però a senso di questo sia ammissibile tale partito di giuramento, conviene sia concepito in modo, che spieghi se quello che deve giurare sia, al punto del giuramento, debitore, o rispettivamente creditore della quantità della cosa, o del fatto controverso, deve trattare di fatto proprio delle parti, ed essere proposto fra persone che possano per se stesse stare in giudizio, ed abbiano la libera amministrazione delle proprie cose. Fra pupilli perciò, minori, donne, prodighi, mentecatti, furiosi, non può aver luogo. *L. jusjurandum* 17. *l. pupillus. L. tutor.* 35. §. *Prodigus ff. h. t. Cod. Pat. eodem.* Il procuratore che non sia *in rem propriam,* il sindaco delle Comuni, il coerede, il causidico che non abbiano speciale mandato, non possono deferire questo giuramento. Ad Antonio Fabbro *in Codicem lib.* 4. *tit.* 1. *definit.* 17. a Carpzovio nelle definizioni. forensi *part.* 1. piacque di togliere all' infame il potèr deferire il giuramento al proprio avversario, argomentando dalla *L. si quis injuriam ff. de injurius.* Molti sono stati dello stesso parere, al quale la ragionevolezza fa di buon grado sottoscriverci.

Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre. L. 38. *ff. h. t.* Ad onta della chiarezza di tal legge lo Speculatore, il Socino ed altri appoggiandosi alla *L.* 12. *Cod. de rebus cre-*

ditis, pretendono che il reo possa ricusar di giurare, e di riferire il giuramento quando l' attore nulla ha provato. Facchineo, Duareno, Vinnio seguiti da molti sostengono la contraria opinione, per cui Cacheran *decis. Pedemont. N.* 11. asserisce stare la comune dei Dottori. Tutti ammettono nella pratica civile che il reo possa rifiutarsi di giurare, o di riferire il giuramento, quando l' attore non abbia prima prestato quello di calunnia, e ciò dietro la *L.* 34. *ff. h. t.* come pure quando il reo o con iscrittura, o con testimonj altre prove esibisca su ciò che si controverte. *Papon. lib.* 9. *tit.* 6. *Cristin. volum.* 3. *decis* 2. *N.* 12. *Voet h. t.* Il giuramento di calunnia presso noi si vide essere andato in disuso, e tutte le altre quistioni, e dubbiezze tolse il Codice nostro al §. 4. di questo titolo, riassumendo indistintamente detta *leg.* 38: perciò presso noi l'attore propone il partito di giuramento, e chiede citarsi il reo a giurare, o a riferire il giuramento nel termine da assegnarsegli dal Giudice: questi assegna cinque giorni, quando l'equità, attese le circostanze, non gli suggerisca di assegnarne uno più congruo; scorso questo termine se ne vuole in pratica assegnare un altro di un biduo, passato il quale, se il reo è contumace, vale a dire non comparisce a giurare, od a riferire il giuramento, oppure se replicatamente ricusa di prestarsi, s'intende riferito il giuramento al proponente. L' attore che ha proposto il partito del giuramento decisorio non può dal medesimo recedere quando non abbia in pronto legittime prove da riconoscersi per tali dal Giudice. *L.* 11. *Cod. de rebus, cred. e Cod. Pat. a questo tit.*

Preso che sia il giuramento dal reo o dall' attore, cui sia stato espressamente, o in contumacia riferito, la causa è decisa a favore di chi giurò, e resta l'altra parte condannata, a meno che dentro

il termine di 10 giorni continui, decorrendi da quello del preso giuramento, non riesca di esibire prova provata contro ciò che fu soggetto del giuramento *L. jusjur.* §. *ult. ff. h. t. Cod. Pat. loc. cit.* §. 5.

È regola generale che il giuramento non giova, nè nuoce ai terzi; ma non è questa senza limitazioni; mentre il giuramento dell'autore giova, e nuoce rispettivamente al successore come tale, quello del figlio che amministra il peculio del padre, al padre, quello del socio, e del correo al socio, e correo, e così giova e nuoce nei contratti *ultro citroque* obbligatorj tanto all'una che all'altra parte. Se uno giura aver comprato un Cavallo per 10, il venditore può giovarsi di questo giuramento per farsi pagare le 10 monete. *LL.* 9. 13. 28. 30. *ff h. t.*

Il giuramento deve interpretarsi strettamente, nè può estendersi a quelle cose od a quel caso, su cui espressamente non cadde. Tizio avea giurato di osservar sempre nelle cause l'ordine giudiziario. Trattossi di una causa sommaria, e fu chiesto se anche in questa dovesse, per l'assunto giuramento, osservarsi l'ordine giudiziario. Innocenzo III. *cap.* 21. *de jurejurando*, decise di no, dovendosi intendere il giuramento ristretto a quelle cause, in cui secondo le leggi doveva osservarsi la forma del giudizio ordinario. Così non deve il giuramento, estendersi a cause simili, o da cose non verosimilmente escogitate. Se chi ha deferito il giuramento vede pronto il suo avversario a giurare, e perciò lo esime dal prestarlo effettivamente, si ha il medesimo effetto come se il reo avesse realmente giurato *L.* 9. *ff. h. t.* Per questa stessa ragione, avvenendo la morte di quello che aveva accettato di giurare, tale accettazione produce lo stesso effetto del preso giuramento; così ritengono

tutti i Prammatici. Vegg. Gaillo, Misingero, Fabbro, e molti altri.

Ora del Suppletorio. Questo vien deferito sì dal Giudice ordinario, che dal delegato, ed anche dall' arbitro. Non si deferisce nè allo spergiuro, nè all'infame di diritto: nelle cause criminali, in cui si tratta d' infliggere pena afflittiva, è certo che non ha luogo tale giuramento; ma il dubbio sta se possa darsi nelle cause stesse, ove solo si tratti di pena pecuniaria. Lo nega Menochio *Cas.* 464. *N.* 6. il qual parere ci sembra adottabile sul riflesso, che se non si accorda, come vedremo, indistintamente in tutte le cause civili, ma solo in quelle di non grave entità, meno poi dovrà accordarsi nelle cause criminali, benchè soltanto pecuniarie. Il giuramento suppletorio, secondo le *Leg. admonendi* 31. *ff. hoc tit.* dovea deferirsi dal Giudice nelle cause dubbie: si disputava quindi quali fossero veramente tali; così era controverso se dovesse deferirsi *ex offitio*, o solo dietro istanza della parte, se in tutte le cause, o solo in quelle di modica somma. Tutto ciò rischiara il nostro Codice. Il giuramento suppletorio si accorda fra di noi tanto all' attore che al reo. Si dà al primo, purchè vi concorrano i seguenti estremi; che sia richiesto prima della sentenza; che il petente possa aver notizia del fatto di cui si tratta; che il merito della causa, in cui si chiede, non ecceda le L. 500. di Modena, oppure eccedendo, si restringa la domanda a tale somma, rinunziando al di più che non può in seguito esigersi con tale prova, benchè al di sotto di dette lire cinquecento; che l' attore abbia provato semipienamente il suo credito; che il reo non abbia provate le sue eccezioni; poichè se il reo semipienamente avesse provate le sue eccezioni direttamente contrarie alla semipiena dell'attore, a questo sarebbe negato il giuramento suppletorio, mentre ambidue

sarebbero in pari circostanza, e secondo ciò che si vide, in tali casi si deve favorire il reo anzichè l' attore.

Si accorda poi al reo convenuto solo quando la sua eccezione, semipienamente provata, non sia direttamente contraria, ma compatibile coll' azione dell' attore, e che abbia l' appoggio della piena prova: rischiari la cosa un esempio. L' attore ha pienamente provato il mutuo, ed il reo ne ha semipienamente provata la restituzione: può questi ammettersi al suppletorio; ma se l' attore avesse provato pienamente un seguito contratto, ed il reo con semipiena ne avesse tentata l'esclusione, non verrebbe ammesso a giurare suppletoriamente.

Chiamare l'Eterna Verità in testimonio del falso è delitto gravissimo che tutta provoca la Divina vendetta, e viene colpito dalla pena umana ancora. Gli Ebrei lapidavano lo spergiuro, gli Sciti lo dannavano a morte, i Romani all'infamia, alla rifazione dei danni, ed alla frusta i Falsarj; in molti luoghi si tagliavano le dita *L. si quis major L.* 1. *Cod. de transact. L. ultim. ff. de test.* La consuetudine ha adottato pene arbitrarie contro gli spergiuri. Il nostro Codice nulla dispone in proposito de' medesimi, e solo commina pene contro i testimonj che depongono il falso *Lib.* 5. *tit.* 13. §. 30. Finalmente il gius Canonico punisce un tal delitto, se si tratta di chierici, colla deposizione, se di laici colla scomunica, e tutti poi coll' infamia.

Il giuramento estimatorio finalmente altro dicesi *di verità*, altro *di affezione*. Con quello di verità si determina il giusto valore della cosa controversa. Non è ben certo se dopo il giuramento sul vero valore della cosa possa il reo far costare, che l' attore giurò oltre il vero: ritengo però con Frisio dietro la *L. fin. ff. h. t.* l' affermativa. In-

fatti nell' affezione non si può provar lo spergiuro, poichè non può costare in foro quanta sia l' affezione, che uno aveva ad una cosa, ma può ben giustificarsi quanto realmente dessa potesse valere. Questo giuramento ha luogo in qualsiasi azione sia di stretto gius, che di buona fede, sia procedente da contratto, che da delitto; si dà contro chiunque non possa per sua colpa restituire ciò che deve *L.* 2. *L.* 68. *ff. de rei vind.* qualora però solamente non possa d' altronde aversi la stima reale della cosa controversa *L.* 4. *quia ff. h. t.* La stima poi della cosa deve riportarsi al tempo in cui la medesima dovea pagarsi, o restituirsi *L.* 31. *ff. de reb. cred. L.* 2. *ff. de rei vind.* Con quello di *affezione* si fa la stima della cosa oltre il prezzo reale, e coi rapporti d' affezione che il Padrone aveva per la medesima: questo giuramento estimatorio vien deferito non dalla parte *L.* 4. *ff. in litem jurando*, ma dal solo Giudice. Questi, qualora esistesse la cosa controversa, invece di deferire il giuramento estimatorio, potrebbe ancora ordinare che la forza armata la togliesse dalle mani del reo convenuto. Esso Giudice deve fissare la somma, che non si deve eccedere da chi prende tal giuramento, e ciò all'oggetto che la cosa non sia eccessivamente estimata *L. qui restituere* 68. *ff. de rei vindicatione.* Il giuramento di affezione ha luogo nella rivendicazione *L.* 63. *ff. de rei vindic. L.* 25. *ff. de petit. hœred.*, nell'azione confessoria *L.* 7. *ff. si servitus vindic.*, nelle azioni ipotecaria, e pignoratizia *L.* 16. §. 4. *ff. de pignor.*, nelle altre *de dolo, & quod metus causa*, *L. ideo* 18. *ff. de dolo malo*, in quella *ad exibendum*, e nelle *arbitrarie.* In tutti i giudizii di buona fede, in cui si tratta di restituire una cosa identica come nel deposito, comodato, pegno ec., nell' interdetto *unde vi L.* 9. *Cod. unde vi*, nel quale in pena della

violenza si sta al giuramento dello spogliato. È soggetto di dnbbio, se contro l' erede del defunto possa darsi questo ginramento: prima della contestazione della lite tutti ritengono di no; dopo la medesima il Frisio dice di no; Duareno, e Cujaccio con altri ritengono l' affermativa dietro il responso di Gordiano nella *L.* 4. *Cod. h. t.*; locchè sembra in pratica ritennto. Non può aver luogo rispetto alle cose fungibili, soggette solo a prezzo reale, e non di affezione. Tace il Codice nostro su tal giuramento, onde al gius Comune si rimette: Veggasi *Voet. ad Pand. h. t.*

TITOLO XI.

DELLA PROVA PER PRESUNZIONE E PER FAMA.

La parola *Presunzione* viene da *præ* e *sumptio* quasi *antesumptio*, perchè prima di altra prova qualche cosa per vero si presuppone. Fra le diverse definizioni che si danno dai giureconsulti della Presunzione quella persuade di Durand. = *Argomento per credere vero un fatto che nasce dalla prova di un altro.* = Altri dissero. = *Congettura dedotta da ciò che suole accadere.* = Veggasi Cujaccio ne' suoi Paratitoli: Noi diremo. = *Conseguenza dedotta da un fatto noto ad altro ignoto.* = Non è da confondersi la presunzione colla finzione di gius; questa dall'Alciato si definisce. = *Legis adversus veritatem in re possibili ex justa causa dispositio.* = La presnnzione cade su ciò che può essere, ed è più probabile. La finzione di gius al contrario suppone ciò che assolutamente non è; la prima dipende dalla legge o dall' uomo; questa soltanto dalla legge; quella si può distruggere colle prove, questa non mai. In una causa possono concorrere diverse presunzioni contrarie, e

fra queste il Giudice si attiene alle più urgenti: non così possono concorrere più finzioni contrarie, perchè ciò che è vero non si finge, ed alla finzione è contraria la verità. La presunzione è di tre specie, altra dicesi *Hominis*, altra *Juris*, altra *Juris*, *& de Jure*. La prima è quella che è lasciata alla prudenza del Magistrato; la seconda è quella che nasce dalla legge, e fa ritenere vera la cosa presunta, in sino a tanto che rimanga provato il contrario, e non dipende dall' arbitrio del Giudice. La terza finalmente avviene quando la legge presume una cosa contro cui non si ammettono prove. Alciato definisce quest' ultima = *Dispositio legis aliquid praesumentis, & super preasumpto tamquam sibi comperto statuentis* = Esempio della prima sarebbe la fuga dal luogo del commesso delitto, con istrumenti atti al medesimo, la quale farebbe sì che il Giudice presumerebbe il fuggente reo di quel tale delitto. Veggasi la *Leg.* 23. *ff. de probat. N.* 2. §. 1. *ff. de pactis L.* 3. *Cod. de apoc. pub.* §. 18. *ff. de adimendis legatis L.* 1. *ff. de liberat. legat. L.* 51. *ff. pro socio.* Della seconda se ne hanno esempj infiniti nel gius, come, che nessuno voglia gittare il suo, che il testatore alienando spontaneamente la cosa legata abbia voluto privarne il legatario, che il testatore ordinando la restituzione del pegno al pignorante abbia voluto assolverlo dal debito. *Alciati e Menochio de præsumptionibus.* Esempio della terza si è, che la donna minore di anni dodici non sia viripotente: che abbia voluto donare colui, che sapendo non esser tenuto, abbia pagato un indebito: l' autorità di una regiudicata. Si disse poi, che regolarmente la prescrizione *juris & de jure* non si distrugge con prove, perchè questa regola ha qualche eccezione; infatti la confessione legale distrugge tal presunzione: per esempio una regiudicata ha per se la presunzione *juris & de jure*; pure se

il reo assoluto da quella confessa il debito, viene astretto a pagare: così i beni del tutore scritti nell' Inventario del pupillo, si presumono di ragione del medesimo; ma se esso, reso maggiore, confessa, che ciò fu per errore, e che una tal cosa ivi descritta è del tutore, al medesimo si rilascia. Così tutti i Dottori ritengono, che contro questa presunzione *juris & de jure* si ammetta la prova per indiretto, cioè che si ammetta la prova di qualche difetto, giustificato il quale, cessa il fondamento della presunzione: per esempio: si presume che una donna sposata per forza avendo coabitato per un anno e mezzo col marito, abbia purgato il timore, ed acconsentito all' unione; ma se può dimostrare, che anche tale coabitazione fu coatta, e mancò il suo consenso, non si costringe a tornar col marito, allorquando sia dalla di lui casa fuggita; e così cessa la presunzione. Si osservino le *LL.* 1. §. *ult. ff. de minor. t.* 53. *ff. de condict. indeb.* 9. *ff. de sponsalib. novel.* 117. *cap.* 1. 25. *ff. de statu hominis L.* 207. *ff. de regulis juris.*

Le presunzioni *juris, & de jure* bastano per dar sentenza, ossia tengono luogo di prova piena. Le presunzioni di diritto, quando non siano distrutte da prove in contrario, oppure non siano indebolite da altre più forti ed urgenti, bastano, non vi ha dubbio, per l' assolutoria sì in civile che in criminale giudizio; bastar possono anche talvolta per condannare il reo in via civile. Se poi un' asserto delinquente possa condannarsi a pena ordinaria in forza di sole presunzioni ed indizj, è stato soggetto di acerrima disputa. Noi riteniamo l' affirmativa, qualora si tratti di presunzioni ed indizj indubitati, e, come dicono i Pratici, della luce stessa più chiari: fondamento della nostra opinione è la *Leg. ult. Cod. de probat. & presumpt.* ed il *Pat. Cod. L.* 4. *t.* 14. §. 2. Anzi portia-

mo opinione, che un Magistrato possa con maggior sicurezza di coscienza condannare alla morte un reo in forza di provati, ed accumulati indizj, di quello che in appoggio della deposizione di due testimonj degni di fede, e pienamente contesti. Sarà, confessiamo, difficile il caso, in cui si possano aver cumulati e provati tanti indizj che conducano alla persuasione; ma ciò dato, formando l' intelletto sopra i medesimi il suo giudizio, rimane più convinto, perchè certo degli estremi che ravvisò bastevoli al medesimo giudizio; e riteniamo quindi difeso da ragione il nostro opinare. Se per esempio è provato pienamente che Lucio era capitale nemico di Tizio ritrovato ucciso, che gli tese più volte insidie alla vita, che si vide fuggire dal luogo dell' assassinio, con ferro fumante di sangue, confuso, vacillante, abbattuto, avvilito, che il ferro è di Lucio, ed è quello stesso che ferì l' ucciso, che presso lui se ne trovò il fodero, il cappello, od altra cosa di Lucio: oppure se due testimonj degni di fede depongono che videro Cajo a ferir Tizio; in quale dei due casi avrà un Tribunale sicurezza maggiore sulla reità di Cajo, e di Lucio mentre l' uno, od ambi i testimonj possono aver mentito, possono essersi ingannati?

L' efficacia delle presunzioni che diconsi *Hominis*, e la fede che attribuir loro si debbe, dipende dalla religione del Giudice. Veggasi *Menochio de præsumpt. lib.* 1. *quæst.* 44. *ff.* 8. 9.

Accenniamo ora le regole generali sulle presunzioni.

Quella presunzione, che sta per la validità di un atto, *cæteris paribus*, è più forte dell' altra che vi sta contro *L. quoties* 12. *ff. de reb. dub.* a meno che, come dice Alciato nella regola 3. *præs.* 34. l'atto non peccasse nella forma, o fosse contro la legge, oppure non si trattasse di odiosa cosa, o che per sostenere un atto non si dovessero interpretare in senso troppo improprio le parole.

La presunzione che poggia su ciò che è di sostanza dell' atto, prevale a quella che si fonda sul difetto di solennità.

È meglio presumere per la parte più degna di favore anzichè per la contraria *L. 21. ff. ad L. Falcid.* Così un debitore per più titoli che paga senza spiegare per quale, si presume farlo per quello che più gli giova, e così pel debito fruttifero, anzichè pel secco, per l' ipotecario, piuttosto che pel chirografario, e simili.

In dubbio si presume più che uno abbia voluto operare secondo il gius, che a norma di un privilegio, che gli fosse competuto *L. nam similes ff. de injusto, rupto, et irrito testam.*

La più speciale prevale alla più generale: il danno dato ad una persona si presume provenire dal suo vicino, ma se questi è uomo d' integra fama vince la presunzione a di lui favore.

La presunzione fondata sull' impotenza naturale è più forte di quella che parte da umane congetture: Tizio minacciò Cajo di morte, e lo attese più volte al varco, e questi fu realmente ucciso; la presunzione, che Tizio sia l' omicida di Cajo è vinta dall' altra, che Tizio al tempo del commesso omicidio era in altro luogo di tale distanza, che non potè in un giorno solo portarsi in questi due luoghi; quì concorre anche l' altra regola generale, che la presunzione cede il luogo alla verità provata.

La qualità, che naturalmente è insita nell' uomo si presume non essere mai mancata: così sempre si presume l' amor de' padri verso i figli, e viceversa. Come si trova una cosa, e come può essere per natura, non si ritiene cangiata se non è provato il cambiamento, così per esempio i confini attuali di un fondo si ritengono essere sempre stati i medesimi: così l' uomo onesto sempre si presume

tale, e viceversa, *semel malus semper malus:* così il mandato non si ritiene revocato, se non si prova la revoca.

Si deve sempre presumere per la parte migliore, anzichè per la contraria: così si ritiene, che il possessore sia piuttosto di buona che di mala fede, che un contratto siasi fatto spontaneamente, anzi che per dolo, frode, o timore.

Il socio che amministra si presume che cogli effetti sociali si sia reintegrato di quello che avesse pagato di proprio a sgravio pei socii. *Decisione del Supremo Consiglio* 13 *Giugno* 1820 *in causa Setti con Camerino.*

La *Fama* si definisce da Saliceto = *Alicujus rei publica, comunisque alicujus Regionis assertio, ex sola suspicione proveniens* = La fama viene costituita dall' asserzione della maggior parte del Popolo *L.* 160. *ff. de regulis juris.* Due testimonj contesti pienamente provano della esistenza della fama, purchè depongano di aver sentite le cose di cui si cerca, dalla maggior parte del Popolo. La fama in generale non costituisce che una semipiena prova: qualche volta però, qualora sia d' altronde amminicolata, può giugnere ad una piena, tanto più se si tratta di cose non recenti. Vaggasi *Mascard. de probat. Conclus.* 171. Questa prova ha luogo in criminale più che in civile, ove la buona o mala fama dell' Imputato serve rispettivamente al difensore, ed all' accusatore, a quello per escludere, a questo per provare il delitto.

TITOLO XII.

DELLA CONCLUSIONE IN CAUSA.

Perchè non fossero eterne le liti fu necessario fissare un termine, scorso il quale, chiusa si trovasse la via a qualsivoglia atto. La conclusione in

causa stabilisce questo limite. Nel gius comune dopo il lasso di un biennio in giudizio civile, e di un triennio in criminale, ad istanza di una delle parti il Giudice decretava la conclusione in causa. Presso noi, spirati i termini probatorj e reprobatorj si ha per conchiuso in causa tacitamente, e si ritengono pubblicati il processo ed il deposto de' testimonj. Scorsi questi termini non ponno aver luogo in processo prove provate, che a differenza del gius comune, che ammetteva diverse eccezioni da vedersi presso *Haunold. de Just. et jur. tract.* 4. *contr.* 4. *cap.* 7. *de conclus. in causa.* Il giuramento decisorio per altro può chiedersi anche concluso in causa, come si vide. Così sarebbero a nostro credere ammissibili le eccezioni di Giudice sospetto, o d' incompetenza assoluta, o di carenza di mandato nelle Parti. Egualmente si ammette la confessione della Parte, e la restituzione in intiero. Talora si agitano cause la cui decisione, piucchè dal fatto, dipende dallo svolgere, e rettamente applicare principj involuti del gius: in tal caso, a richiesta delle Parti, il Giudice può accordare un termine a scrivere in jure. Lo scrivere in jure = *est intentionem suam per probationes in Judicium deductas ostendere, et eam juribus asseverare et colorare.* = *Pellegrin. prax. Vicar. Part.* 2. *sect.* 2. *subseq.* 15. *Autentica jubemus Cod. de judiciis.* Se il fatto non costa chiaramente in processo, è inutile l' allegare in diritto.

Se la causa già instrutta dalle Parti non è decisa per mera colpa del Giudice, può essere sospeso dall' uffizio, è tenuto in Sindacato, ed è responsabile della propria mancanza: il giudicare è uffizio pubblico, e senza legittima causa di escusazione, non può il Giudice fraporre ritardo, meno poi può rifiutarsi: *de qua re* (dice la *L.* 74. *ff. de judiciis*) *cognoverit Judex pronunciare quoque cogen-*

duserit l. 15. ff. de refudicata. La parola giudicare, secondo Varrone, viene a *jure*, e *dicundo*, cioè pronunciare la sentenza sopra un punto controverso. Se l'attore per colpa lascia scorrere infruttuosamente i termini in causa, il giudizio è perento, nè più s' instaura di nuovo, se non rifatte tutte le spese al reo convenuto. Finalmente i procuratori sono tenuti a favore de' loro clienti alla rifazione dei danni e delle spese, se lasciano colposamente andare deserta l' istanza ossia il giudizio *Cod. Patr. lib. 1. tit. 3.*

L' ultimo atto che riguarda la forma del gudizio è la Sentenza, di cui ragioneremo parlando della causa finale del giudizio.

PARTE QUARTA

DELLA SEZIONE I.

TITOLO I.

DELLE AZIONI.

Quattro cose si disse costituire essenzialmente il giudizio civile, persone, ordine, materia, e fine; esaminate le prime due, passiamo alla terza.

Tutto ciò che serve di materia al giudizio, ossia quanto viene in esso dedotto, tutto si riduce alle Azioni dell' attore, ed alle Eccezioni del reo. Un trattato completo delle medesime occuperebbe troppa parte del tempo che ne viene accordato al presente corso annuale, nel mentre che in progresso di queste lezioni, avremo campo di esaminarne moltissime al loro luogo; perciò or non faremo che offrirne un quadro sufficiente a conservar l'ordine propostoci, ed a chiarire in qualche modo questa inviluppata materia.

L' azione altro non è che un mezzo legittimo di perseguitare in giudizio ciò che è nostro, o che è a noi dovuto; questa definizione ci addita la principale divisione delle azioni in *Reali* ed in *Personali:* le prime diconsi anche *vindicationes* e nascono dal *gius in re*, e per esse perseguitiamo la cosa nostra in mano di chiunque si ritrovi; le altre si dicono anche *condictiones*, e nascono dal *gius ad rem:* queste non possono dirigersi che contro la persona obbligata, ed al di lei successore universale, pochi casi eccettuati nelle azioni che diconsi *in rem scriptae*, e sono le *Pauliana*, *quod*

metus causa, ad exhibendum, aquae et aquae pluviae arcendae. Ve ne ha una terza specie che diconsi *Miste* perchè partecipano delle reali e delle personali, per cui possono rivolgersi contro qualunque terzo possessore della cosa: tali altre azioni vengono appellate *Rei persecutoriae*, e sono tutte le azioni reali, e le personali discendenti da contratto e delitto §. 17. *Inst. de action*, e per queste perseguitiamo ciò che manca al nostro patrimonio; altre *Poenae persecutoriae*, che sono persecutorie della pena; alcune *Pretorie*, alcune altre *civili*, quelle derivavano dagli editti de' pretori, queste dalle leggi, ma oggigiorno si confondono tra di loro; altre vengono dette *Adjetizie*, e derivano da fatto altrui obbligatorio §. 1. *Inst. quod cum eo, qui in alien. ecc.*; quali dicevansi *Noxali* dall' antico costume de' Romani di dare *noxa* quei figli, quei servi che avevano ad altri recato nocumento, i quali dovevano perciò rimanersi presso il danneggiato, finchè lo avessero colle loro fatiche reso indenne *l.* 1. *ff. de noxal. action.* quali nominavansi *Pregiudiziali* e o tendevano a determinare lo stato, la famiglia di una persona, o pregiudicavano un' altra azione per istretto rapporto, e per dipendenza; alcune si dicevano *in simplum, duplum, triplum, quadruplum ecc.* dalla quantità che prestar si doveva in pena di aver mancato alla convenzione; alcune dicevansi e tuttora diconsi di *buona fede*, altre di *stretto gius*, altre *arbitrarie*: per le prime il Giudice ha libera podestà di obbligare a prestare tutto ciò che discende dall' equità §. 30. *in bonae fidei Inst. de action*, e per le seconde deve stare soltanto al convenuto *l.* 7. *quia ff. de neg. gest. l.* 99. *quid quid ff. de verb. oblig.*: per le arbitrarie poi il Giudice ha facoltà di estimare quanto una parte dar debba, colla comminatoria di maggiore quantità §. 31. *Inst. de act.* Affine di avere

un criterio per discernere, in punto alle personali, quali azioni sieno del primo genere e quali del secondo, giova il distinguere contratto sinallagmatico o bilaterale, da unilaterale, partendo dal primo quelle di buona fede, e dal secondo quelle di stretto gius; quindi tutte quelle de' contratti consensuali sono di buona fede. Tale regola per altro va soggetta ad alcune eccezioni, che anderemo avvertendo.

Delle Reali = Il Gius *in re* è di quattro specie *Dominio*, *Gius ereditario*, *Servitù*, *Pegno*, e perciò questi sono quattro fonti da cui derivano tutte le azioni reali.

Pel Dominio abbiamo le azioni *Rivendicatoria*, *Pubbliciana*, *Rescissoria*.

La *Rivendicatoria* è azione arbitraria che si arma da chi ha dominio sia diretto od utile, libero o limitato su di una cosa che ritrovasi presso di un terzo, affinchè gli venga essa restituita colle accessioni e coi frutti, secondo che però il possessore sarà di buona o mala fede.

Gli estremi necessari per intentare utilmente quest' azione sono 1.° prova del dominio della cosa nell' attore, 2.° prova che il reo la possiede, o che abbia cessato dolosamente di possederla *l. fin. ff. de action. arg. l. 2. ff. de prob.*

In ordine al primo estremo si ha ad osservare, che il dominio si prova mostrando un titolo legittimo d' acquisto, e la tradizione reale, o almeno finta *l. clavibus* 74. *ff. de contrah. empt. l.* 48. *ff. de acq. possess. Mascard. deprobat. Conclus.* 1184, purchè il trasferimento di dominio non succeda per legge come nell'erede, nel donatario per causa di morte, nel legatario, o nei contratti dei pupilli, minori, e militari, ove la cosa siasi acquistata con denaro, nel caso di patto commissorio, e dell' adizione *in diem*, nei contratti stipulati colla

Chiesa. *Menoc. remed.* 4. *adipsc. possess. N.* 346.; nei contratti di società, nel caso di restituzione di dote sciolto il matrimonio *Stryck. de act. sect.* 2. *membr.* 1. §. 18; nei casi di sentenza di Giudice nei giudizj di divisione §. *ult. Inst. de offic. judic.* Conviene ancora in prova del dominio giustificare che quello da cui si acquistò, fosse il vero padrone, il che riscontrandosi difficilissimo, fu trovata dal pretore Publicio l' altra azione che dal suo nome vien detta *publiciana*, la quale, come è ricevuto in foro, si cumula colla rivendicatoria, il che può farsi alternativamente *Gail. lib.* 1.° *observ.* 62. *N.* 4. *Stryck. loc. cit.*

Rispetto al secondo estremo, si fa osservare che si potrebbe correr pericolo che il reo negasse di possedere, e consigliano alcuni di prima armarsi di un giudizio preparatorio coll'azione *ad exhibendum;* migliore però rassembra la cautela di Angelo lodata da Giasone di offrire un interrogatorio al reo, perchè risponda se sia o no possessore della cosa che si vuole rivendicare. Ove poi avesse cessato dolosamente di possedere, e fosse dell' interesse il procedere contro colui che ne sottrasse la cosa, l'azione da intentarsi sarebbe *in factum* personale, e con questa si otterrebbe l' importo ed il valore della cosa, mercè il giuramento in lite dell'attore.

Giova nel libello indicare e descrivere la cosa che si chiede e, dietro la petizione principale della dimissione della cosa, chiedere la declaratoria del dominio, per non soffrire dal convenuto, nuova quistione su la medesima cosa.

La *Publiciana* è un' azione arbitraria che compete a chi, acquistata una cosa da chi non era il padrone, la perdette prima di averne conseguito il dominio coll' usucapione, all' oggetto che essa gli venga restituita colle accessioni, e coi frutti

§. 4. *Inst. de act. l.* 1. 8. §. *ait praetor, et* §. *ult. ff. de public. in rem. act.* tanto se trattasi di cosa corporale che incorporale, mobile o immobile; e con questa fingesi usucapito in buona fede ciò che realmente non lo fu.

Essa si rivolge contro chiunque possegga la cosa, purchè senza titolo e buona fede, giacchè altrimenti otterrebbe vittoria il reo, come quello che al titolo ed alla buona fede aggiungerebbe il vincolo del possesso per ritenere presso di sè la cosa, nel mentre che l'attore non avrebbe che il titolo, e la buona fede: che se però il reo in questo caso avesse un titolo soltanto lucrativo, quando l'attore l'avesse oneroso, pel principio legale che si favorisce chi procura di evitare un danno in concorso di chi cerca godere di un lucro, otterrebbe vittoria l'attore. Non si rivolge inoltre contro il padrone della cosa, perchè è munito di un titolo superiore a qualunque altro, e quindi il diritto più debole cede al più forte. *l. fin. ff. de public. in rem act.*

Gli estremi necessarj a quest'azione sono 1.° prova del giusto titolo, e della tradizione, se si tratta di mobili, della presa di possesso, se d'immobili; allega la buona fede, la quale per tal via si presume, nè occorre quindi provarla: 2.° prova nel reo della detenzione, o dolosa cessazione dal possesso della cosa.

L'azione *Rescissoria* che è della stessa natura della precedente, si accorda a colui a danno del quale fu usucapita una cosa, allor che per una giusta causa non potè ciò impedire, all'oggetto che, tolta l'usucapione possa rivendicarla: necessita quindi ottenere prima la *Restituzione in intero* per rimovere, rescindere l'ostacolo pel quale non si può rivendicare; e da ciò è che ripete il nome di *Rescissoria*, il quale è come un aggiunto a quell'azione che competerebbe prima della frapposizione dell'ostacolo.

Questa azione ha luogo per ripetere le cose corporali, mobili, e immobili, e dicesi *rescissoria in rem*, e per le cose incorporali, azioni, diritti, e dicesi *rescissoria in personam Cyn. in l. fin. ff. quibus ex caus.*

È chiaro quindi quali sieno gli estremi necessarj a questa azione; quello d' avere ottenuta la *Restituzione in intero*, per il che gioverà osservare quanto ne diremo in proposito; e quelli che hanno luogo per l' azione particolare che competeva prima dell' avvenuta usucapione.

Pel *Gius ereditario* abbiamo l' azione *Petitio haereditatis*, che è di buona fede, e si accorda all' erede contro chi possiede le cose ereditarie, onde le restituisca, e l' azione *Quaerela inofficiosi* anch' essa di bnona fede, che si da ai figli, ai genitori, e talora ai fratelli germani e consanguinei come vedremo ai titoli delle Successioni testate, ed intestate.

Pel *Gius di Servitù* si hanno le azioni *Confessoria* e *Negatoria* ambe arbitrarie; per la prima si rivendica una servitù o reale o personale, o rustica od urbana, e per la seconda si nega competere ad altri una servitù su la cosa nostra, come meglio si offrirà modo di osservare parlando delle servitù.

Pel *Gius di Pegno* ne derivano le azioni *Serviana*, *quasi Serviana o Ipotecaria* anch' esse arbitrarie.

L' azione *Serviana*, così detta a *servando*, perchè conserva i nostri diritti, o come altri con più ragione ritengono, perchè inventata da Servio Pretore, è un' azione che si esperimentava dal Locatore di predio rustico per ottenere il pagamento delle pensioni di affitto, contro qualunque possessore delle cose *invectae* ed *illatae* nel fondo locato, le quali si hanno come tacitamente obbligate.

Questa fu estesa anche ai Locatori di fondo urbano; ma essendosi ritrovata l' azione *Quasi Serviana* competente a tutti i Creditori, essa esulò dal Foro.

L' azione *Quasi Serviana o Ipotecaria* si esperimenta da qualunque creditore che ha per sè pignorata o ipotecata qualche cosa, contro il possessore della medesima al fine che sul prezzo della stessa venga estinto il credito.

Ma siccome il presente nostro sistema ipotecario differisce da quello de' Romani, così, parlando del primo, occorrerà tener ragionamento di quest' azione.

Delle Personali = *Equità naturale, Legge, Fatto obbligatorio lecito, od illecito* sono i tre fonti da quali emana il *Gius ad rem.*

Per l'*Equità naturale* abbiamo le azioni *ad Exhibendum, de Edendo, Restitutio in integrum, Condictio sine causa,* e le *azioni Possessorie.*

L' azione *Ad exhibendum* che è arbitraria ed *in rem scripta*, si accorda a chi ha interesse legittimo di vedere una cosa mobile, giacchè le immobili *se satis exhibent*; che se però occorresse osservar cosa contenuta e nascosta da un immobile si potrebbe usare di codesta azione, che acquisterebbe il nome di utile: *Brunnem. in l. ad si exhibendum* 8. *N.* 4. *ff. de exhib.* nè sarebbe di ostacolo la *l.* 56. *ff. de procur.*, la quale, quantunque solo faccia menzione di mobili, non esclude gl' immobili.

Viene rivolta contro qualunque terzo possessore, sebbene creditore pignoratizio *l.* 3. §. *ult. ff. de exhib.* depositario, commodatario, ed anche contro chi dolosamente cessò di possedere *l. Celsus* 5. §. 2. *l. Julian.* 9. §. 4. *ff. eodem. Faber in Cod. ad exhib. lib.* 3. *tit.* 28. *def.* 1. ed anche se non dolosamente, purchè ad esso possa imputarsi il non averla esibita *l. de eo* 12. §. 4. *ff. eod.*

L' oggetto di quest' azione è di obbligare il detentore a mostrare la cosa, e sovente si arma da chi intentar non può la rivendicatoria, per non sapere precisamente chi la possegga, onde fattone certo, rivendicarla.

Gli estremi sono 1.° prova anche sommaria *Brunneman. in Pandect. ad l. in hac actione* 3. *N.* 13. *ff. ad exhib.* dell' interesse che si ha alla presentazione di quella determinata cosa, abbiasi o no su della stessa dominio: 2.° che la cosa esista presso colui che è convenuto *tempore motae litis*: 3.° descrivere in qualche modo la qualità della cosa *l. in hac actione*: 4.° *in princ. ff. ad exhib.*

Utilissimo è l' apporre nel libello la comminatoria che in contumacia, si avrà il convenuto per debitore di una somma determinata da giuramento estimatorio del danno che si risente per la non ottenuta esibizione; che se però il detentore avesse motivo di protrarre la presentazione della cosa, otterrebbe dal Giudice una dilazione, data sicurtà di presentarla entro un tempo determinato; coll' avvertenza di procurare che segua sempre la presentazione davanti chi ne può far rogito, giovando questo al giudizio cui poscia si farà luogo.

L' azione *de Edendo* è pur essa arbitraria, e si esperimenta da chi ha interesse di consultare recapiti e documenti, che sono presso di un nostro collitigante, o di qualunque altra persona, onde constringerlo alla esibizione.

È regola che *non sunt sumenda arma e domo rei*, e che nessuno può essere tenuto ad offrire ad altri i proprii recapiti; ma quando il collitigante appoggia su di quelli la propria intenzione e non ne produsse che la copia, o l'estratto, e quando i recapiti non sono proprii di chi li ritiene o sono comuni, si è per legge obbligati a presentarli, ed anche quando siasi persona rivestita di

qualità pubblica, e che per tale qualità abbiansi simili recapiti *l.* 10. §. 1. *ff. de edendo*, come erano presso i Romani gli argentari, o banchieri di cui parla la citata legge, i quali vengono oggigiorno dai DD. parificati ai Notari ed ai Cancellieri.

Il Fisco attore però ha il privilegio di sforzare il reo ad esibirgli i proprii recapiti, i documenti in eccezione alla suddetta regola, onde fondare su di quelli la di lui intenzione *DD. in l.* 2. §. *Divus ff. de jure Fisci. Bartol. in l. nec quisquam ff. de edendo.* Veggasi il titolo delle prove per Scritture.

Gli estremi proprii a quest' azione sono 1.° prova che la cosa di che si chiede l'esibizione sia presso quello da cui viene chiesta *l. tigni appellatione* §. *penult. ff. ad exhib.* e questa dev' essere piena e concludente. 2.° prova sommaria dell' interesse che si ha all' esibizione *l.* 3. §. *sciendum autem ff. ad exhib. l. quaedam* §. *fin. ff. de edendo.*

Provato in siffatto modo, si ottiene l' edizione di quello che si chiede, quando però non si trattasse di scoprire con ciò la turpitudine di quello da cui si chiede, e non si potesse avere la cosa per altra parte. *Rot. Rom. rec. Dec.* 665. *N.* 7. *p.*4. Se il convenuto confessasse con giuramento avere smarriti i recapiti, ed invano usate le dovute diligenze per rinvenirli, sarebbe assoluto dal giudizio *L. fin.* §. *sed quis Cod. de fide istrum.* Sempre quando non fosse persona che per ragione d' ufficio non avesse obbligo di accurata custodia, giacchè converrebbe provasse concludentemente lo smarrimento *L. si creditor Cod. de pignor. act.*

L' Azione *Restitutio in integrum* di stretto gius *Alc. in L. unica cap.* 6. *N.* 6. *Cod. de sent, quae pro eo quod int.* è un rimedio straordinario, che compete a chi è stato leso e pregiudicato da una sentenza, da un contratto, o da un fatto di un terzo ecc. all' oggetto di essere rimesso nello

stato in cui trovavasi prima che gli avvenisse il danno.

Simile azione che è principale per alcune, come per la Rivendicatoria, non si accorda quando si abbia un rimedio ordinario ugualmente pingue e proficuo come il presente straordinario, nè quando richiestasi una volta fosse negata per sentenza che passò in giudicato, nè ove disposizione di legge assista il reclamante.

Gli estremi necessarii sono 1.° fumo di buona ragione, cioè apparenza fondata di buon diritto, mediante la prova di meto incusso, di dolo, di minorile età, di assenza, di giusto errore, come ampiamente vedremo al titolo della Restituzione in intero. 2.° il sofferto pregiudizio.

L' Azione *Condictio sine causa* di stretto gius, si accorda a chi pagò o promise pagare, senza precedente giusta causa, o con causa bensì, ma *ipso jure* nulla, o che sia anche cessata, come quando, pagato il debito, è rimasto il Chirografo presso il creditore, o quando fu emmesso prima di ritirare il danaro, che poscia non si ebbe *L.* 2. *l. ult. Cod. de condict. ex leg. et sine caus. l. ult. prin. et* §. 1. *ff. eod. tit.*

Si osservi che quantunque quest' azione si soglia confondere con quelle *Causa data et non secuta*, o *ob causam, Condictio indebiti*, pure vi sono casi in cui essa sola può intentarsi, come quando fu pagato il debito e non ne fu restituito il chirografo e se ne voglia la retrodazione, perchè non può negarsi che non esistesse già la causa, essendosi numerato e rilasciato il danaro, e quindi debitamente dato il chirografo, ond' è che rimanendo senza motivo il chirografo presso il creditore soddisfatto, la sola *Condictio sine causa* può aver luogo, come anche nel caso portato dalla *L. si fullo ff. de condict. sine causa* che parla di un lavatore

il quale perdette una veste, e ne pagò l' importo, nel mentre che poscia fu rinvenuta dal Padrone, ed il Giureconsulto Ulpiano gli accordò quest' azione per ripetere la somma sborsata.

Conviene avvertire che tale azione da taluno trovasi annoverata fra quelle, che nascono dal quasi contratto, e ciò forse per averla confusà coll' azione, *Condictio indebiti*; ma qualunque siasi il motivo, dietro classici scrittori, ed all' appoggio del responso di Celso *L.* 23. *de reb. cred.* reputiamo doversi porre tra quelle che discendono dall' equità.

Gli estremi necessarj per l' esercizio di quest' azione facilmente si deducono da quanto abbiamo detto.

Le *Azioni possessorie* od Interdetti derivano secondo alcuni da *interdicere,* ossia proibire; ma come non tutti gl' Interdetti sono proibitorj, così adottabile ci sembra l' etimologia tolta da *inter duos dicere*, giacchè il pretore pronunciava fra due contendenti §. 1. *Inst. de Interdictis*, comandando sotto certe formole fosse fatto o non fatto qualcosa. Si chiamavano *Proibitorj* se il pretore proibiva venisse fatta una cosa, *Restitutorj* se comandava fosse restituita una determinata cosa, *Esibitorj*, se voleva che essa fosse esibita; ma ora si dividono nelle sole seguenti tre classi *Adipiscendae, Retinendae*, *Recuperandae possessionis*, appunto perchè non di altro può trattarsi che, o di acquistare un possesso che mai non si ebbe, o di ritenerlo, avendolo acquistato, o ricuperarlo perduto. *Inst. de Act.* §. 2.

L' Interdetto *Adipiscendae* è di tre specie, *Quorum bonorum*, *Quod legatorum*, e *Salviano l. interdictorum* 2. *ff. de Interdictis.*

Di questi si tenne discorso al Tit. 6. Sez. 1. part. 1. ed inoltre si porgerà occasione di parlare dei due primi al Titolo delle Successioni testate ed intestate.

In ordine al *Salviano* così detto da Salvio Giuliano, da quel Pretore cioè che l' introdusse, diremo essere, secondo il Gius Romano, un rimedio che si accordava al locatore di fondo rustico contro il colono ed eredi, affinchè potesse venire soddisfatto delle pensioni, mercè le cose *invectae* ed *illatae* nel fondo locato, e che rimangono tacitamente obbligate per esso lui, ed anche mercè quello che per espresso patto venne obbligato. *L.* 4. *ff. in quib. caus. pig. ecc.* §. 3. *Inst. de Inter. l.* 1. *ff. de Salvian. inter.*

Si divide in *Diretto* ed *Utile*, accordandosi il primo al locatore di fondo rustico ed eredi contro il conduttore, ed il secondo al locatore di fondo urbano *Pacific. de Salv. inspect.* 1. *Cap.* 1. *N.* 9. 10.

Fu poscia esteso a favore di qualunque creditore che avesse per sè ipotecati i beni del debitore, contro qualunque terzo possessore dei medesimi. *Scapucc. de Salv. quaest.* 5. *N.* 1. *e quaest.* 15. *N.* 3. *lib.* 1. *Cujac. ad tit. ff. de Salv. interdic. l.* 1. *Cod. de praecario.*

Secondo il nostro Codice si è conservato di tale natura il Salviano, e lo ha accordato a qualunque creditore ipotecario, limitatamente però al caso in cui il creditore possa coi frutti del fondo venir soddisfatto del credito entro il lasso di 5 anni, come ampiamente vedremo al Titolo delle Ipoteche.

Dall' Interdetto *Retinendae* abbiamo due azioni possessorie *Uti possidetis* ed *Utrubi*.

Uti possidetis si da per ritenere e conservare il possesso delle cose immobili *tot. tit. ff. uti possidetis. Menoch. de retinend. possess. in praelud. N.* 3. quando si possegga non per forza, non di nascosto, nè per precario *ll.* 2. 3. *pr. ff. uti possidetis*: si accorda anche al semplice fruttuario, il quale, quantunque non possegga, e solo goda delle utilità, pure

si finge possedere, e dalle leggi si ritiene avere un quasi civile possesso, e gli annui redditi si considerano cose immobili *l. fin. ff. uti possidetis.*

Quest' azione è di due specie *diretta* ed *utile:* compete la prima per le cose corporali, l' altra per le incorporali *gloss. in l.* 1. *ff. uti possid.* e quindi si accorda anche per le servitù continue, ed è più utile della *confessoria,* ricercandosi in questa il diritto, in quella il fatto; si disse *continue* mentre per le *discontinue* si hanno particolari azioni come *de itinere actuque privato,* di cui nelle Pandette.

Si arma contro chiunque ci turbi nel possedimento, quand' anche si trattasse di uno che pretendesse avere un più antico possesso *Stryck ad us. modern. pand. tit.* 33. *N.* 2.; che se gli ultimi atti possessorj fossero a vantaggio di chi ci turba, siccome quest' azione si divide in *sommarissima,* ed in *sommaria,* si dovrebbe ricorrere alla sommaria, perchè in dubbio si riterrebbe che il più recente possesso partisse da una turbativa *Cap.* 9. *extra. de probat. Stryck de act. sect.* 2. *memb.* 1. §. 9., ma ove al contrario l'attore avesse gli atti più recenti di possesso, dovrebbe attenersi alla sommarissima pel motivo, che in essa non si ricerca chi abbia il diritto di possesso, ma sibbene chi attualmente possegga *Post. de summariss. posses. observ.* 17. *N.* 2.

Non però ogni turbativa lascia luogo alla presente azione: è mestieri quindi osservare essere essa di cinque specie; *Compulsiva* quando per forza o timore cadente in animo forte, taluno ne costringe a dare, o fare qualche cosa, ed in tal caso compete l' azione *Quod metus causa*; *Espulsiva* quando colla forza si caccia uno dal possesso di un immobile, ed allora compete l' azione *Unde vi; Inquietativa,* allorchè uno nascostamente disturba il

quieto nostro possesso, e ci si accorda l' azione *Quod vi, aut clam ; Ablativa*, se si asportano le cose mobili e compete l' azione *Vi bonorum raptorum*; *Turbativa*, se avviene che alcuno contenda a noi il possesso di cosa o immobile o mobile, e compete rispettivamente l' azione *Uti possidetis*; o quella *Utrubi*.

Gli estremi necessari per intentare utilmente codest' azione sono. 1.° prova che l'attore ha il possesso o quasi sia naturale, o anche civile soltanto. Nel caso che ad intentare si abbia l'interdetto sommario od ordinario come alcuni l'appellano, giusta quanto più sopra vedemmo, basterebbe provare di avere avuto un possesso: 2.° prova della turbativa per parte del reo, e nel caso d'interdetto sommario il recente possesso del medesimo.

Giova nel libello chiedere che il reo oltre il dover cessare dalle turbative e sottostare ai danni ed agli interessi, dia cauzione *de non amplius turbando*.

Utrubi si accorda al possessore di cosa mobile, all' oggetto di difendersi contro colui che gli turba il possedimento col contenderglielo od in qualunque altro modo *l. unic. ff. utrubi*, e ciò sempre quando non per forza, non di nascosto, nè precariamente possegga *l. 1. ff. eodem Stryck de act. sect. 2. memb. 1. §§. 6. 7.*

Quest' azione possessoria differisce da quella *Uti possidetis* come dalla definizione si rileva, dal competere la prima per le cose immobili, la seconda per le mobili; nel resto camminano di pari passo, e si abbia per replicato quanto per quella fu detto.

Dall' Interdetto *Recuperandae* si hanno due azioni possessorie, l' una *Unde vi*, l' altra *de Spolio*.

L' azione *Unde vi* si dava a colui che violentemente fu discacciato dal possesso di cosa immo-

bile, anche incorporale, come usufrutto, abitazione ecc., e si accorda per le servitù, come nel caso che a taluno colla forza s' impedisca il giovarsi di quella *iter et actus*, ma viene però negata ai discendenti contro gli ascendenti *l. interdictum hoc* 43. *ff. de vi & vi armata*, contro quello che lo scacciò ed eredi solo per quanto ad essi pervenne *l.* 1. §. *fin. ll.* 2. 3. *pr. ff. eodem*, ma non mai contro il terzo posseditore *l.* 7. *ff. eod.* L' oggetto della medesima è che venga restituito il possesso dell' immobile colle accessioni coi frutti percetti, e percipiendi, e si presti *l' id quod interest*, *l.* 1. *pr. et* §. 31. *ff. eod. l.* 3. §. 13. & 15. *l.* 4. §. 27. *ff. de usurp. & usucap.*

Tale è la forza di quest' azione che non si osserva la qualità dell' avuto possesso, e quindi compete al vero padrone, al vassallo, all' enfiteuta *arg. l.* 3. §. 16. *ff. de vi & vi arm.*, al fruttuario *d. l.* 3. §. 3. & *seqq. ff. eod.* al predatore *d. l.* 3. §. 9. *l.* 17. *ff. eod.* contro di cui però, allorchè fosse fatto in continenti, si potrebbe usare la forza, *licet vim vi repellere*, ma non mai ex intervallo *Zoes. ad ff. d. t. N.* 17. *et seqq. Stryck ad us. modern. pand. l.* 43. *tit.* 16. §. 2.

In simile giudizio non si ammettono eccezioni di dominio, perchè il padrone avrebbe dovuto addimandare la cosa per via giudiziaria *argum. l. extat* 13. *ff. quod metus causa*, purchè non sieno rese forti da piene prove fatte in continenti. *Faber in Cod. de vi & de vi arm. lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 29. giacchè questo giudizio è sommario e non si tratta che del momentaneo possesso.

Gli estremi essenziali a quest' azione sono 1.° prova di un qualunque possesso nell'attore, 2.° prova dello spoglio fatto dal reo; giova poi nel libello esprimere il tempo, il luogo dell'usata violenza.

De Spolio: quest' azione possessoria è più pingue di quella *unde vi*, cui in pratica fu sostituita, come si vide alla pag. 45., e al dir di Maranta in se contiene la forza di qualunque altro interdetto *Recuperandae*.

Si accorda a chiunque fu privato del possesso di cosa immobile come l'*unde vi*, e di più delle cose mobili, ed anche alla famiglia dell' assente spogliato, od al servo, il quale possiede pel padrone sebbene non ne abbia mandato *Stryck sect.* 2. *memb.* 1. §. 25., contro lo spogliatore, quantunque avesse occupato un possesso vacante, perchè non importa che il convenuto sappia a chi la cosa appartenga, bastando che sappia non esser sua *Stryck de act., loc. cit.* §. 34. e si dà tanto contro lo spogliante, quanto contro il terzo possessore complice dello spoglio.

Gli estremi necessarii a quest' azione chiaramente risultano da quanto si è detto.

Dalla *Legge* abbiamo l' azione *ex Lege*.

L' azione *ex Lege* nasce allorquando una Legge introduce nuova obbligazione, senza adattarvi una speciale azione ; si ha un esempio nella *condictio ex Lege* 35. §. *ult. Cod. de donat.* Simil Legge prescrisse, che quel donatore che avesse promesso donare fosse tenuto alla tradizione della cosa; ma siccome non è dalla detta Legge espressa particolare azione per questo competente, il donatario può instituire l' azione personale *ex Lege* 35. §. *ult. Cod. de donat.*

Gli estremi per tale azione sono 1.° prova che qualche Legge accordi un qualche nuovo diritto. 2.° Che il convenuto si obbligò a norma di essa.

Del *Fatto obbligatorio lecito od illecito*.

Prima di discendere a parlare delle azioni che partono da questo fonte, parmi esser bene qualche cosa ragionare dell' obbligazione. Richiameremo i

principj più essenziali soltanto, giacchè di tale materia si hanno dalle Instituzioni più complete idee.

L' Obbligazione si definisce da Giustiniano = *Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae Civitatis jura* =.

La prima e principale divisione delle obbligazioni si è, che alcune sono semplicemente *naturali*, le quali si sostengono col solo vincolo dell' equità e del naturale diritto, per cui non essendo rese forti dal civile diritto, non danno azione: però producono eccezione. Altre sono soltanto *civili*, come quando la Legge dispone che taluno sia obbligato o in causa di contratti da essa lei inventati, o di quelli del gius delle genti da essa lei approvati, e queste producono azioni; altre in fine sono *miste* partecipando dell' un genere e dell' altro, e sono quelle che col vincolo dell' equità e del diritto si sostengono.

L' Obbligazione civile, ed anche mista nasce dal contratto, e questo altro non è che = *Duorum vel plurium in idem consensus* = ossia = *Conventio ex utraque parte ultro citroque obbligatoria, qua alium nobis obstringimus ad aliquid dandum, faciendum, prestandum.* =

Il Contratto si divide in *contratto vero*, ed in *quasi contratto;* il contratto vero è quello che si fonda sull' espressa convenzione delle parti, ed il quasi contratto nasce dal fatto di una parte e si fonda sul presunto consenso dell' altra; il contratto vero altro è *nominato*, altro *innominato*: i nominati sono quelli che hanno dalla legge un nome proprio, gl' innominati quelli sono cui la legge non ha dato un determinato nome; alcuni contratti diconsi *unilaterali* se obbligano una sola parte, e si dicono anche di *stretto gius*, poichè il loro adempimento non si estende al di là del convenuto; alcuni altri *bilaterali* o *sinallagmatici*, e diconsi

anche di *buona fede*, ed in questi il Giudice può arbitrare.

I *Contratti veri nominati* sono o *Reali*, o *Consensuali*, o *Litterali*, o *Verbali*.

I *Contratti reali* diconsi quelli, nei quali è necessaria la tradizione della cosa su cui caddero, onde sieno perfezionati e producano obbligazione, e sono *Mutuo*, *Deposito*, *Comodato*, *Precario*, *Pegno*.

Dal *Mutuo* nasce l' azione *Condictio certi ex mutuo*, che compete al mutuante, o creditore, contro il suo mutuatario o debitore, affine che restituisca non l' identica cosa somministrata, ma bensì nel medesimo genere, nella stessa qualità e quantità.

Può talvolta nel mutuo convenirsi il frutto, ma allora degenera il contratto in fenerazione, ossia somministrazione ad interesse, e competerà la suddetta azione anche per ripetere questo, il quale può dimandarsi disgiuntamente dal debito principale *Stryck de act. sect.* 1. *membr.* 5. §. 9.

Essendo questo un contratto unilaterale, non può aver luogo l' azione contraria; che se però al mutuatario si fossero date monete adulterate ecc. potrebbe questi rivolgersi contro il mutuante coll' azione *ex Lege Aquilia* che nasce dal fatto illecito, e con essa si vendica il danno per qualunque causa recato.

Gli estremi essenziali sono 1.° prova del contratto colle sue qualità, 2.° dell' essere scaduto il termine concesso alla restituzione e non essere questa stata fatta.

Dal *Precario* non nasce veramente azione, ma per simile contratto si concede l' Interdetto *de Precario*, che compete a quello che ha dato una cosa da ripetersi a piacimento, affinchè venga essa restituita.

Gli estremi necessari a quest' azione sono 1.° prova di essere stato pregato di concedere una determinata cosa a titolo di Precario, 2.° di avere effettivamente concessa la cosa a detto titolo.

Dagli altri sunnotati contratti nascono azioni che hanno nome dai rispettivi contratti cui appartengono, e che vedremo parlando singolarmente de' medesimi.

Contratti consensuali sono quelli in cui alla sostanziale perfezione de' medesimi basta il consenso delle parti, nè importa in alcun modo la tradizione della cosa.

Appartengono a questi contratti, che sono di buona fede, i seguenti *Compra e Vendita, Locazione e condotta, Enfiteusi, Società, Censo, Mandato, Donazione propter Nuptias.*

Da questi contratti nascono azioni, che hanno il nome proprio del contratto, e siccome diverse esser possono le obbligazioni a cui in ciascheduno di quelli si assoggettino i contraenti, così altre azioni ne emergono a norma degli obblighi stessi, il che tutto a suo luogo sarà spiegato in occasione, che si terrà discorso dei sovraccennati contratti.

Dei *Contratti Litterali.*

Da questi nasce l' azione *Condictio ex Chirographo,* o *condictiò certi ex litteris* di stretto gius, che compete al creditore onde ottenere il pagamento di quanto risulta dalla Scrittura, contro colui, che ivi si obbligò.

Ma a comprendere pienamente la natura di quest' azione conviene conoscere quali sieno i contratti litterali; questi non sono che confessioni di debito risultanti da chirografi, o pagherò per una somma la quale può non essere stata numerata *l. 7. cum seq. Cod. de non num. pec., §. un. Inst. de. liter. oblig.* e dietro tale scrittura nasce obbligazione, quantunque non siasi ricevuto danaro, perchè si

presume essere vero tutto ciò, che risulta da scritto, non credendosi poter esistere persona che confessi sè essere debitrice di una data quantità, quando realmente non lo sia. Contro però tale azione il gius romano accordava il poter opporre entro un biennio, dal giorno della scrittura, l' eccezione *non numeratae pecuniae*, la quale onerava della prova della seguita numerazione, l' attore *ll.* 3. 10. *Cod. de non num. pec.;* eccezione tolta dal nostro Codice col §. 5. *Tit.* 19. *lib.* 2. abbastanza risultando chiaro il diritto dell' attore dalla confessione scritta del reo, il quale deve imputare a se stesso di avere emessa una inconsulta confessione senza aver avuto il denaro: resta però salvo a questo il diritto di provare la non seguita numerazione del denaro.

Ora gli estremi ne sono 1.° prova del contratto, colla presentazione della scrittura, 2.° che questa sia riconosciuta dallo scrivente in uno dei modi, che si videro al titolo della prova per iscrittura.

Delle azioni che nascono dai *Contratti verbali.*

Conviene premettere cosa s' intenda, giusta le leggi romane, per contratto verbale. Secondo esse altro non era, che una convenzione, un patto, che veniva messo in essere mediante certe concezioni di parole, che essi dicevano *stipulazioni*, per le quali uno interrogato, doveva rispondere di fare, o di dare ciò su di cui cadde la domanda *l. stipul.* 5. §. *stip. ff. de verb. oblig.* per cui ne nasceva un contratto nominato, e di stretto gius. Oggi però più non si conosce questa stipulazione, la quale si riduce ad una mera clausola solita apporsi a tutte le convenzioni, e qualunque patto, e convenzione produce un' azione, la quale si chiama *ex pacto*, e potrebbe pure denominarsi *condictio ex lege* od *ex moribus* appunto per la consuetudine,

che ha forza di Legge; ma tale azione però non sarebbe che quella stessa degli antichi romani, *ex stipulatu*, che aveva origine dai contratti verbali.

L' azione *ex stipulatu* adunque, che è di stretto gius, compete per ottenere il soddisfacimento di quanto si convenne, che propriamente dirassi *condictio certi*, od *incerti ex stipulatu* secondo che è certo, oppure incerto quanto si pattuì.

I patti di cauzione, fidejussione, o mallevadoria producono pure questa azione, siano giudizali, o convenzionali *tot. tit. de praet. stipul. l.* 5. *ff. de verb. oblig.*, come le cauzioni *de judicio sisti, judicatum solvi, rem pupilli salvam fore &c.*

Tale azione si concede ancora al marito per conseguire la dote promessa; alla moglie per ottenere la restituzione della medesima, contro chi è tenuto restituirla, ed eredi in solido *l. unic. Cod. de rei uxor. act. Inst. de act.* §. 29. ma vi ha di particolare, che quì si finge accaduta stipulazione, benchè non lo sia realmente, e che siccome essa fu sostituita, per questo caso all' azione *rei uxoriæ*, che era di buona fede, acquista simile carattere, alla quale particolarità troviamo una eccezione nel caso, che fosse un estraneo che avesse sborsata la dote. Di questo ci occuperemo parlando della Dote. Si accorda anche quando non intervenuta stipulazione, si siano prestate per lungo tempo le usure, perchè è inverosimile che uno paghi ciò che non deve, e quindi si finge esser intervenuta la stipulazione affine di continuare a ripeterle *Cujac. in lib.* 29. *quaest. Papin. in l.* 6. *ff. de usuris.*

Gli estremi di essa stanno nella prova della promessa fatta dal reo di fare o dare una certa cosa.

L' azione *de constituta pecunia* di stretto gius, si accorda al creditore ed eredi, contro colui che promise per patto nudo, di pagare ciò che da esso o da altri già si doveva §. 9. *Inst. de const. pec.*

Parve troppo duro al Pretore che potesse andare fallita la fede di chi si appoggiava a geminata promessa, a ciò conducendo la parola *constituere* che significa render forte, sicuro, fermo ciò che prima non lo era, per cui volle che il patto *de constituta pecunia* producesse azione.

L' oggetto di questa azione è di ripetere tutto quello che venne pattuito sia mobile od immobile, sia fungibile o no *l.* 2. *Cod. de const. pec.*

Gli estremi ne sono 1.° prova del debito o naturale soltanto, o naturale e civile, 2.° che desso fosse assunto dalla persona da cui si esige tanto se come suo proprio, quanto se come altrui.

Del Contratto *vero innominato reale.*

Questo contratto è quello come si disse, cui la legge non ha accordato nome, e produce obbligazione, quando non solo interviene l' espresso consenso, ma quando viene accompagnato dalla consegna della cosa, ed è perciò che dicesi *vero reale.*

È da sì fatta sua natura, che arrestandosi le parti alle sole trattative, possono sempre recedere dal contratto *Mantic. de tacit. & ambig. conven. lib.* 25. *tit.* 1. *N.* 5. *& seq. l.* 3. *Cod. de rer. permut.* ma siccome il nudo patto ora produce azione, così in tal caso non nascerà più l' azione propria del contratto, ma sibbene quella *ex pacto*, od *ex stipulatu. Stryck de act. sect.* 1. *memb.* 7. §. 3.

Noi osserviamo nascere da simile contratto varie azioni, secondo che si tratta o del contratto *Estimatorio*, o della *Permuta*, o del contratto *d' Assicurazione*, o di *Cambio.*

Il Contratto *Estimatorio* è quello che accade quando si consegna ad altri una cosa stimata, perchè si venda, e così o paghisi il prezzo convenuto, o si restituisca l' identica cosa.

Da tale contratto nasce l' azione *praescriptis verbis*, che propriamente in questo caso chiamasi

Actio aestimatoria di buona fede, che si dirige all' oggetto sopraccennato *l.* 1. *ff. de aestimat. act.*

È pensiere di alcuni che quando al Consegnatario si rese lecito di fare su la cosa alcun lucro, venendo essa a perire, il danno debba stare a carico di esso lui; ciò non sembra privo di fondamento, ma non pertanto è lodevole la cautela di convenire su tale particolare *Stryck de act. l. c.* §. 7.

Gli estremi proprii di quest' azione sono 1.° prova che qualche cosa siasi data a vendere, 2.° che fosse estimata a determinato prezzo, 3.° che nè la cosa, nè il prezzo siasi restituito.

La *Permuta* è un contratto pel quale da noi si cambia una cosa, cedendola ad altri, per un' altra che da esso lui riceviamo, ed i Romani riducevano così fatti cambj ai seguenti contratti; *do ut des, facio ut facias, do ut facias, facio ut des*, *l.* 5. *naturalis.* §. 1. *ff. de praescript. verb.*

L' azione che nasce da questi contratti si chiama *praescriptis verbis*, la quale compete a colui che diede o fece qualche cosa, contro colui che in correspettività promise di fare, o dare un' altra cosa, all' oggetto di costringernelo alla prestazione non solo, ma ben anche perchè adempia a quei patti particolari che vennero stabiliti, i quali, siccome la Permuta si accosta alla compra e vendita, possono essere quelli stessi che sogliono intervenire in simile contratto; nascerà però l'azione *redhibitoria*, ossia *aestimatoria* pei vizj occulti di ciò che cadde in contratto, e per difetto di quelle doti o qualità che vennero affermate esistere nella cosa caduta in contratto *l. fin. ff. de rer. permut. Stryck de act. Sect.* 1. *Membr.* 7. §. 13. *ll.* 18. 19. *ff. de Ædelit Edict.*

Compete anche quando sia rimasta evinta la cosa, perchè, non potendosi considerare dato per

correspettivo quello che poscia mancò, non si è pienamente adempito al patto *Stryck loc. cit.* §. 11. Se poi si desse caso in cui senza dolo dell' altro contraente, venisse a perire la cosa convenuta, prima che fosse conseguata, dovremmo intentare l' azione *causa data & non secuta* per ripetere quella cosa che preventivamente da noi si conseguò *l. fin. ff. condict. caus. data & non secut.*

Gli estremi proprii della presente azione sono 1.° prova del contratto in ispecie, 2.° dell' adempimento per ciò che riguarda l' obbligo dell' attore, mentre che il reo non ha nè in tutto, nè in parte adempito alle obbligazioni assunte.

Del Contratto di *Assicurazione*. Questo consiste nella convenzione che taluno fa, onde altri a fronte d' una mercede, assuma il pericolo del trasporto di una determinata cosa.

L'azione che ha luogo in esso è *praescriptis verbis*, che si dirige dall' assicurato contro l' assicuratore, perchè si assoggetti alla rifusione del danno arrecato pel deperimento della cosa, sempre quando abbia questo ottenuta la pattuita mercede *Stryck de act. loc. cit.* §. 27.

Gli estremi sono 1.° prova del contratto, 2.° di essere stata pagata la mercede, 3.° del danno avvenuto, come vedrassi al titolo relativo.

Per le azioni cui si fa luogo nel contratto di *Cambio* veggasi il titolo apposito nella Sezione 2.

Dei *Quasi Contratti*.

Questi, come si disse, si fondano sul presunto consenso, mentre a stabilire il vincolo della mutua obbligazione non concorre in essi il fatto delle parti, ma bensì o il fatto proprio di una sola, od il concorso di alcune circostanze di fatto per cui la legge presume il consenso di quella parte a cui favore è l' atto dell' altra o di ambedue; varj sono i quasi contratti e quindi varie le azioni che vi

corrispondono. *Negotiorum gestorum, Tutelae, Familiae Erciscundae, Finium regundorum, Communi dividundo, ex Testamento, Condictio indebiti, de Recepto, Funeratitia, Contestatio litis.* Di tutto ciò ragioneremo nella Sezione 2.

Delle azioni *adjetizie.*

Per regola generale, alcuno non è tenuto pei fatti obbligatorj altrui, ma a tale massima troviamo un' eccezione nel caso in cui si tratti di un fatto di chi ci è dipendente e soggetto, come sarebbero i figli, i servi, gli agenti, ed è quindi che troviamo nel corpo del gius, azioni a favore di quelle persone che contrattarono con quelli, da dirigersi contro noi, come forniti di podestà patria od erile, e sono *quod jussu; de peculio, de in rem verso, exercitoria, institoria, tributoria.*

Ragioneremo delle due prime parlando dei Contratti dei figli di famiglia, osserviamo ora i principj più essenziali che regolano le altre.

De in rem verso; si rivolge quest' azione contro il padre o contro il padrone, perchè presti quanto fu versato in di lui utilità, pel contratto seguito col figlio, col servo, appoggiandosi al principio che si ritiene prestato il consenso a un atto favorevole, come a cagione d' esempio alla fenerazione per alimentar la famiglia, risarcir fabbriche, soddisfar a debiti, costituire doti ec. §. 4. *Inst. de act. tit. quod cum eo, contract. ec. l.* 1. *ff. de in rem verso.*

Quest' azione è o di buona fede, o di stretto gius, secondo che lo è l' azione principale discendente dal contratto.

Tale azione si accorda oggi anche a persona che abbia contrattato con chi non è soggetto alla nostra podestà, sempre quando da quel contratto sia a noi derivato realmente un qualche vantaggio, e così avrà due azioni, una derivata dal contratto contro il vero contraente, l' altra *de in rem verso* contro di noi cui giovò l' atto, il nome acquistan-

do di *utile*. *Fleck. in biblioth. jur. l.* 3. *tit.* 45. *N.* 7. *l. fin. ff. de in rem verso.*

Gli estremi sono 1.° prova del contratto seguito, 2.° che sia riuscito utile al reo convenuto e lo abbia fatto locupleziore.

Esercitoria è un' azione che riguarda i contratti nautici o di mare, e si rivolge contro l' Esercitore o Padrone della nave, affine presti ciò a cui obbligossi il maestro della medesima, ossia il preposto dall'esercitore, perchè altrimenti potrebbe chi contrattò, restare deluso ed ingannato, ove l' obbligazione non fosse a carico dell' esercitore, non essendo essenziale che il Maestro della nave sia persona che abbia libera facoltà di obbligarsi, potendo essere indifferentemente di qualunque siasi grado, età, sesso, *l.* 1. §. 20. *ff. de exercitor. act.*

Che se vi sono più Esercitori si potrà agire contro chiunque d' essi in solido *l.* 1. §. *ult. ff. de exercit. act.* nè importa che abbiano un interesse eguale sugli utili della loro società *l.* 3. *ff. de eod.* perchè sempre si considerano come un corpo solo.

Anche questa azione è di buona fede, o di stretto gius a norma del diverso contratto.

All' Esercitore però si concede contro il Maestro l' azione *locati*, ove ad esso si presti mercede, quella *mandati*, se il contratto fra loro accaduto è gratuito.

Gli estremi essenziali sono 1.° prova del contratto con colui, che era preposto alla negoziazione, 2.° che il contratto si riferisce a cosa risguardante l' officio del Maestro; veggasi il tit. della Società.

Institoria; quest' azione a differenza dell' antecedente ha luogo pei contratti seguiti con institori, cioè persone preposte a negoziazioni terrestri, e si rivolge contro il preponente, perchè si presti a

ciò, che discende dal contratto, ed anche contro i di lui eredi in proporzione però della parte loro di eredità *ll.* 14. 15. *ff. de instit. act.*

Simili agl'Institori si ravvisano gli Economi, gli Agenti, e nei contratti con questi stipulati si procede colla suddetta azione.

Tributoria, di quest' azione daremo un cenno parlando di quella *de peculio.*

Delle azioni *Noxali.*

Per queste da noi si ottiene il rifacimento del danno, che soffrimmo dai quadrupedi. È tolto l' antico costume di dare *noxa* i servi, i figli, gli animali per danni, che avessero recato ad altri, per i quali doveva il padre, od il padrone essere costretto all'indennizzo, o col proprio danaro, o dando il corpo che nocque, detto dai Romani *noxa*, perchè coll' industria sua rifacesse il danno; ne rimangono però alcune che riguardano solo il danno dato dai quadrupedi, e sono:

De pauperie; che viene detta anche *quadrupedaria*, e si esercita da chi fu danneggiato da un quadrupede domestico concitato straordinariamente, senza colpa dell' uomo, e non mai per propria natura, come se un bue cozzando colle corna, o un cavallo ricalcitrando, fatto avesse del male a qualcuno. Fu poi estesa anche al caso di un animale bipede *l. penult. & l.* 1. *prin. ff. si quadrup. pauper. fecis. dic.* contro il padrone dell' animale, o di chi se ne arroga il dominio *ll.* 7. 8. *ff. de interrog. in jur. fec.* e contro il possessore *l.* 1. §. 12. *ff. si quadrupes pauper. fec. dic.* e chi lasciò dolosamente di possedere: si da ancora contro gli eredi, non come tali, ma come possessori solamente, e sempre all' oggetto di ottenere la rifazione del danno.

Nel caso che più sieno i padroni dell' animale questi sono tenuti in solido, cosicchè, ove un solo

soddisfi il danno, tutti gli altri rimangono liberati *l.* 1. §. 14. *ff. si quadrup. pauper. fecis. dicat.*

Gli estremi necessari all' esercizio di questa azione sono 1.° prova, che l' animale si concitò fuori della propria natura, 2.° del danno, che arrecò, 3°. che sia in possesso del convenuto.

Ex Lege Aquilia; questa compete a chi soffrì danno da un animale commosso, ed istigato da qualcuno *l. item mela* §. *item cum eo ff. ad Leg. Aquil.* contro colui, che il provocò; compete pure quando il danno provenga da bestia selvaggia addomesticata, che sia tenuta senza guardia, e cautela *arg. l.* 1. §. 4. *ff. si quadrupes* contro il padrone, onde risarcisca il danno.

Gli estremi proprii della presente azione sono, 1.° prova che l' animale sia stato instigato o tenuto senza cautela, 2.° quella del danno sofferto, 3.° che il reo è lo instigatore, od il padrone.

De pastu pecorum; tale azione compete quando un animale seguendo la propria natura nuoce pascendo nel fondo altrui ivi sfuggito, all' oggetto che il padrone dell' animale sia tenuto alla rifazione del danno, e dello sperato lucro *l.* 14. §. *ult. ff. de prescriptis verbis;* che se si pascesse dell' altrui ma non nel fondo altrui, competerebbe solo l' azione *in factum l.* 14. §. *ult. ff. eod.* ove però accadesse che si cibasse nel fondo altrui, ma di frutti separati dal suolo, si accorderebbe l' azione utile *de pastu pecorum.*

Gli estremi sono 1.° prova che l' animale abbia pascolato il campo altrui, 2. prova del danno avvenuto e del lucro cessato.

Delle *Pregiudiziali.*

L' azione *Pregiudiziale* è quella per cui si contende circa lo stato e la famiglia di una persona, e pregiudica ad altre questioni pendenti fra l' attore ed il reo, in modo che non possono essere

decise, finchè non è stabilito lo stato e la famiglia della persona di che si tratta; tale azione viene detta anche *Provocatoria*, perchè con essa si provoca un giudizio anticipatamente, onde stabilirne un altro, per l' esercizio di quei diritti che armare si vogliono §. 13. *Inst. de. act.*

Avevano i Romani l' azione *de statu libertatis* che tendeva a chiarire se uno era servo o libero; quella *de jure patronatus* per determinare se uno era liberto od ingenuo, le quali andarono in disuso, e conserviamo quella *de partu agnoscendo*.

De partu agnoscendo può competere alla Madre, allorchè seguito il divorzio vuole, che il Marito si presti a riconoscere la prole nata, o nascitura, a sostenere le spese della gravidanza, e del parto, ad indicarle il nome che vuole sia imposto alla prole medesima. Può competere al figlio contro il padre affinchè lo riconosca per tale, e lo alimenti, e può competere ancora al padre contro del figlio, perchè come tale si assoggetti alla di lui podestà.

Gli estremi essenziali consistono nella prova della figliazione, o della paternità; veggasi all' uopo *Pacian. de probat. lib. 2. cap.* 6.

Quest'azione vien detta pregiudiziale perchè, ove non venga riconoscinta la qualità dell' attore, sparisce e vien meno quel diritto, per l' esercizio del quale solo si armò l' azione presente.

Si dicono anche azioni pregiudiziali quelle che sono sì interessanti, che hanno preminenza su le altre, come l' azione criminale su la civile *l. fin. Cod. de ordin. jud.* diconsi pure pregiudiziali quelle che hanno connessione con altre, così che la sentenza proferita in una, pregiudica l' altra, e fa nascere eccezione di regiudicata, come quando chiedendosi la restituzione di un fondo, ed il diritto di svuoto pel medesimo, essendo soccomben-

te nel primo caso, si ritiene essere anche nel secondo.

Delle azioni in *simplum*, in *duplum*, in *triplum*, in *quadruplum*.

L' azione in *simplum*, è quella per cui chiediamo soltanto la cosa, o la pena §. 22. *Inst. de act.* e tali sono tutte le azioni reali, personali, e quelle anche che nascono dal delitto, quando però non si chiegga più della cosa, o della pena come si disse.

L' azione in *duplum* non ha luogo presso di noi se non nel caso, in cui il debitore citato dai creditori in concorso a pagare, si rese contumace *Leg.* 28 *Agosto* 1790 §. 2. *in prin.*

Tutte le altre sono andate in disuso.

Dal fatto illecito derivano azioni, le quali appartengono alla Giurisprudenza Criminale, e quindi non ne faremo parola.

Gius misto = Dicemmo essere esso quello che partecipa del gius in *re*, e di quello *in rem*, e che ne produce diverse azioni, parte delle quali appartengono più al gius reale, e parte più al gius personale; le prime sono: *Petizione d' eredità*, *Querela d' inofficioso testamento*, *e Rescissoria* di cui abbiamo tenuto discorso : le seconde sono *Familiae erciscundae*, *Comuni dividundo*, *Finium regundorum*, e *Pauliana*, e di queste pure, fuori dell' ultima, di cui ora ragioneremo, abbiamo tenuto parola.

Pauliana; Quest' azione si concede ai creditori chirografarj ed eredi, contro il debitore, e quelli, presso di cui furono trasportate fraudolentemente le cose del debitore, partecipi essendo del dolo, *l.* 10. §§. 1. 2. *ff. Quae in fraudem credit.* tanto se si tratta di cose mobili, che immobili, sì corporali, che incorporali qualunque siasi il titolo dell' alienazione; compete anche quando siensi distratte le cose in

frode di colui, a favore del quale volevasi procedere poscia alla costituzione di un debito, che in effetto si verificò *l.* 14. §. *pen. ff. quae. in fraud. credit.* ove ciò succeda nel tempo, che impiegavasi alle trattative.

L' oggetto di questa azione si è di far annullare le alienazioni, e i distratti fatti in frode dei creditori.

Codesta azione può chiamarsi ancora *revocatoria*, quando siasi stato immesso nei beni del creditore, ed in tal caso si dirige contro i terzi possessori delle cose, siano o no partecipi della frode *l.* 6. §. 8. *ff. eod. Stryck de act. sect.* 2. *Membr.* 5. §. 13.

Si disse, che quando non può confondersi colla *revocatoria*, si dirigeva contro l' acquirente di mala fede, e quì avvertasi ciò non solo aver luogo quando lo fu a titolo lucrativo, perchè non si fa ingiuria a quello cui si toglie un lucro ingiusto, ma sibbene questo procedere anche quando lo è a titolo oneroso *l.* 1. *pr. l.* 10. §. 2. *ff. quae in fraud. credit.* perchè la frode, ed il dolo non mai possono giovare, sia in mala fede, prima di addivenire al contratto, sia prima della tradizione nei casi in cui la buona fede deve esistere in quest' ultima circostanza.

Non compete però, quantunque alcuni abbiano ritenuto il contrario, per rivocare la dote che in frode dei creditori fosse stata costituita alla figlia, quando il marito non sia conscio della frode, perchè sebbene essa in faccia alla maritanda vesta la natura di lucrativo, pure tale non appare al futuro sposo che si caricherà degli oneri del matrimonio *l. si fraudator ult. ff. quae in fraud. credit.* non così è riguardo alle perdite fatte al giuoco in frode de' Creditori, perchè gli acquisti fatti in tal modo si ritengono a titolo lucrativo.

Giova quì avvertire che per quest' azione ripetere non si possono colla cosa i frutti percetti fra

l' alienazione e l' intrapreso giudizio, perchè tali frutti non si ritengono essere nei beni del debitore *l. fin.* §. 4. *ff. quae in fraud. credit. Zoes. ad ff. tit. eod. N.* 4.; nè a ciò osta la *l.* 10. §. 12. *ff. eod.* perchè questa contempla i frutti pendenti al tempo dell' alienazione, e percetti dopo di essa; si ritenga ancora non potersi rivolgere contro il terzo possessore in buona fede avente causa da quello che è implicato nella frode.

Gli estremi sono 1.° prova della frode in ambi i contraenti, se a titolo oneroso furono date le cose, e nel solo distraente se a titolo lucrativo, o se si tratta del caso di essere stato immesso nel possesso di tutti i beni del debitore, e li abbiano esauriti senza ottenere il pieno soddisfacimento, per la quale escussione giova chiamare i terzi possessori affinchè vi assistino, 2.° prova del possesso nel reo convenuto.

Sotto la *Pauliana* alcuni comprendevano la *Faviana* e *Calvisiana* che competevano al patrono a danno di cui il Liberto aveva alienate le cose che come legittima porzione spettavano allo stesso patrono, ma queste sono andate in disuso.

Prima di por fine al titolo delle azioni nel quale abbiamo inteso di offrire soltanto un' ordinata serie di quelle azioni civili che più d' ordinario si affacciano nel foro, avvertiremo che altre ne rimangono delle personali che lungo ancora sarebbe l'enumerare e difficile il classificarle. Tali sono: quella che compete a colui che giurò a sè essere dovuta qualche cosa, contro quello che deferì o riferì il giuramento, onde presti quanto venne giurato e si chiama *in factum ex juramento;* quella *de eo quod certo loco,* con cui agisce quello al quale è stato promesso un pagamento in un certo luogo contro chi non pagò in esso, per conseguir l' *id quod interest. Heinec. de act. recit.* §. 1171. l'altra *novi operis nunciatio-*

ne, che si accorda al vicino, in confine di cui ebbero luogo nuovi manufatti che lo potrebbero danneggiare, all' effetto che si cessi dall' intrapreso lavoro. Di queste, come di tante altre, occorrerà far menzione nel corso di questa forense Giurisprudenza, come pure di molte che interessano il Diritto criminale, come *rerum amotarum* contro il marito, e la moglie per quello che rispettivamente si tolsero, *expilatae haereditatis* contro chi sottrasse le cose ereditarie prima dell' adizione dell' eredità, *ex lege Aquilia* per ottenere il reintegro di un danno sofferto, *de dolo*, *o quod metus causa* perchè venga riparato al danno sofferto pel dolo altrui, o pel timore che alcuno c' incusse, *ob turpem causam* per ripetere quello che altri ci estorse per causa turpe, come per non commettere un delitto, e per ripetere l' eccedenti usure, ed altre moltissime, che all' opportunità si potranno osservare nelle opere dello Stryckio, di Oinotomi, di Giasone, d' Eineccio ecc.

Chiudiamo questo Titolo colle regole generali, che si danno, onde vedere quali azioni competano agli Eredi, e quali contro gli Eredi, e sono. 1.° Tutte le azioni che si dirigono contro le cose passano agli Eredi, ove non abbian per oggetto la vendetta come l' azione *injuriarum*. 2.° Le azioni stesse si danno contro gli Eredi quand' anche sieno nate da delitto. 3.° Le penali si danno agli Eredi, ma non contro gli Eredi, purchè non sieno state dal defunto Autore in giudizio dedotte, e sia già nata la contestazione della lite: tale è quella per rivocare una donazione *inter vivos* per causa d' ingratitudine.

TITOLO II.

DELLE ECCEZIONI.

La parola eccezione viene dal verbo latino *excipere*, che significa limitare. Colle eccezioni il reo porta una limitazione scatente dall' equità naturale contro un'azione per gius civile competente all'attore. Quindi dietro le *ll.* 1. 2. *ff. de exceptionib.* regolarmente si definisce l' eccezione *actionis exclusio;* dal che si vede, che l' eccezione non comprende propriamente tutte le difese del reo; ma solo quelle, che portano una limitazione, od un' esclusione dell' intenzione dell' attore. Oggi però qualunque difesa, qualunque allegazione si proponga dal reo viene sotto il nome generale di eccezione, *allegatio reo competens*, la definisce il Cujaccio; ed il Vesembecio, l' Oinotomi, ed il Perezio la definirono *defensio qua certis, & justis ex causis auxilium reo tribuitur adversus intentionem actoris.* Noi la diremo *una difesa del reo contro l' attore relativa al merito dell' azione intentata, o al prescelto ordine giudiziario*. Tutte diffatti le preponibili eccezioni, o si dirigono contro il merito della causa, o contro l' ordine con cui venne intrapresa. Le prime diconsi eccezioni *in merito*, *od in fatto*, le seconde *in ordine*: quelle sono quasi infinite, come le cause, che possonsi intentare: queste altre sono *declinatorie*, altre *dilatorie* ed altre finalmente *perentorie*.

Colle *declinatorie*, così dette dal verbo latino *declinare*, evitare, scansare, procura il reo di sottrarsi al Giudice nanti cui è stato citato, ossia cerca, che la causa sia rimessa ad altro Tribunale.

Colle *dilatorie* cerca di ritardare la discussione, e decisione della lite, e sono così dette dal verbo *differre*, che significa indugiare.

Colle *perentorie*, così dette dal verbo *perimere*, annientare, il reo si prefigge di far dichiarare inammissibile l' azione senza entrare nella discussione del merito.

Le *declinatorie* sono specialmente cinque: l' incompetenza del Giudice, la *pendenza di lite*, la *continenza di causa*, il *compromesso*, la *ricusazione del Giudice allegato sospetto*.

L' incompetenza del Giudice altra è *assoluta*, ossia *ratione materiae*, altra *relativa*, ossia *ratione personae*. L' eccezione d' incompetenza assoluta ha luogo quando il Giudice manca di Giurisdizione: quella d' incompetenza relativa, quando il reo non è soggetto alla giurisdizione del Giudice nanti cui fu chiamato, o quando ha egli un qualche privilegio di foro, o quando finalmente trattasi di causa, che per la sua natura dev' essere conosciuta, e decisa da un altro Giudice. All'eccezione d'incompetenza assoluta le Parti, anche volendo, non possono rinunziare, perchè altrimenti verrebbero ad accordare al Giudice un potere che può esser dato soltanto dalla legge, un potere cioè, che è di pubblico diritto, e conseguentemente urterebbero col principio *jus publicum privatorum pactionibus mutari non potest*. Perciò l' eccezione d' incompetenza assoluta può essere efficacemente opposta non solo dopo la contestazione della lite, ma dopo la prolazione della sentenza, anzi dopo tre sentenze conformi *Felin. cap. Pastoralis Colum.* 3. Non è però così dell' eccezione d' incompetenza relativa, alla quale il reo convenuto può sempre rinunziare, riguardando essa non già l' interesse della Legge, ma il privato diritto del reo: onde se questi vuole approfittarsi di tale eccezione deve affacciarla prima della contestazione della lite, perchè questa include la tacita rinunzia alle eccezioni declinatorie, ed induce l' obbligo nel reo di stare al Foro ove fu convenuto.

L'eccezione della *pendenza di lite* può affacciarsi dal reo, allorquando la stessa lite, che dall' attore vorrebbesi intentare, fu già promossa, od è tuttavia pendente nanti un altro Giudice. L' oggetto di quest' eccezione, la quale per altro non è atta a sospendere il corso di una causa esecutiva, come si vedrà al relativo titolo, è quello di far cessare l' attore dal secondo giudizio, dovendogli bastare, che si discuta la causa nel foro adito prima, affinchè l' eccezione di cui parliamo giovi al reo, è necessario che sia opposta prima della contestazione della lite, ed è altresì necessario, che il libello prodotto nell' altro Tribunale sia stato intimato al reo medesimo, perchè la sola produzione del libello non induce pendenza di lite.

L' eccezione di *continenza di causa* ha luogo quando l'attore non ostante che si discuta la causa principale in una sede di giudizio, cita il reo in altra sede con azione connessa alla causa principale, e da quella dipendente. L'oggetto di quest' eccezione, che pure deve affacciarsi prima di contestar lite, è quello di far devolvere la causa accessoria al foro della principale *ne causae continentia scindatur*, come dicono le leggi.

L' eccezione di *compromesso* si oppone quando lo statuto prescrive il compromesso fra persone comprese in certi gradi di cognazione computabile secondo il gius civile. Presso di noi il compromesso legale o forzoso è ammesso fra gli ascendenti, e discendenti, fra i fratelli, e le sorelle, zii, e nepoti *ex fratre*, fra suocero, e nuora, fra patrigno, e figliastri, fra marito, e moglie, fra la vedova di un fratello, ed i fratelli del marito. Tutte queste persone possono, affacciando l'eccezione di compromesso, declinare dal Giudice ordinario, e pretendere, che le loro cause sieno rimesse alla cognizione di arbitri da eleggersi *hinc inde* dalle parti, come si vedrà al titolo del compromesso.

Il compromesso forzoso, e quindi la relativa eccezione, non ponno aver luogo, se le persone litiganti non hanno le qualità volute dallo statuto; se il compromesso non è chiesto dall' attore all' atto della presentazione del libello, o dal reo prima di contestar lite; se la causa è criminale, perchè non si dà compromesso che nelle cause civili, o miste; e in fine se l' attore agisce sull' appoggio di un diritto scatente da pubblico documento e liquido, perchè il compromesso essendo una specie di transazione, non può seguire che in cause d' esito dubbio, ed incerto. *Pellegrin. Prax. vicar. Pars II. Sect. I. subsect. VI. Intersec.* 1. §. 21. *per tot. Cod. Pat. lib.* 1. *Tit. XIII.*

L' eccezione finalmente *suspecti judicis* può aver luogo quando una Parte litigante ha giusta causa di sospettare che il Giudice non sia per essere imparziale. Il nostro Codice al §. 2. tit. 25. lib. 1. annovera dimostrativamente alcune cause di suspicione, dietro le quali si può chiedere di declinare dal Foro ordinario, e sono queste, la consanguineità, ed affinità del Giudice con una delle Parti fino al quarto grado civile inclusivamente: l' inimicizia fra lo stesso Giudice e la Parte che lo ricusasse, ancorchè fosse seguita la pace: se una delle parti fosse all' attuale servigio, o commensale del Giudice: l' assistenza da esso già prestata in qualità d' Avvocato, o Procuratore d' una delle Parti alla causa, che nanti di lui si agitasse, ed altre a misura delle circostanze.

Perchè sia valutata l' eccezione *suspecti judicis* due cose sono necessarie, cioè che la ricusazione sia fatta in iscritto prima della contestazione della lite, ammettendosi per altro in qualunque altra parte del giudizio, quando dopo di essa contestazione sia sopravvenuta la causa di sospetto, o almeno la notizia di essa, ed inoltre che la mento-

vata ricusazione porti la causa speciale del sospetto. Per Gius Comune, secondo che la più parte dei Dottori asserisce, non erano ingiunte le indicate due condizioni, che il Patrio Codice d' accordo col Gius Canonico, prescrive; ma bastava giurare che non si agiva calunniosamente. Neppure per Gius Comune, a differenza del Canonico e del Patrio, era lecito di allegare sospetto un Giudice ordinario al fine di farlo rimuovere; ma lo si poteva soltanto all' oggetto, che ad esso se ne associasse un altro, perchè la rimozione a causa di sospetto non era ammessa, che rispetto a giudici delegati: *DD. in l. apertissimi. Cod. de jud.* Dissi a differenza del diritto canonico, e del patrio, perchè l' uno, e l' altro ammettono l' eccezione *suspecti judicis* al fine che venga rimosso un Giudice anche ordinario. Solo discordano in ciò, che per massima del Gius Canonico, il giudizio di suspicione devolve ad arbitri di diritto da eleggersi all' uopo *Cap. cum speciali* 41. *Tas. in d. l. apertissimi*, mentre per gius nostro un tal giudizio spetta al Sovrano, od al Supremo Consiglio, che conosciuta l' entità del sospetto, procede o alla totale esclusiva del Giudice, o all' associazione d' altro nella causa in cui sarà stato allegato sospetto *Cod. Pat.* §. 2. *tit.* 25. *lib.* 1.

I Consiglieri però del Supremo Consiglio di Giustizia non si possono allegare sospetti: bensì debbono astenersi dal giudicare, e dall' intervenire nella discussione, e nei contraddittorj delle cause de' loro congiunti in quarto grado civile, o in quelle che avessero patrocinate, o in cui fossero stati altra volta giudici, od avessero interesse proprio, restando solo riservato alle Parti di ricorrere al Sovrano nel caso di altro motivo ragionevole per far astenere il Consigliere dal giudicare. *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 1 §. 59.

Di regola generale le eccezioni declinatorie debbono opporsi nel principio della lite = *Præscriptiones fori in principio litis litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas* = *L. fin. Cod. h. t.* Questa legge è stata nel nostro Codice rifusa, ove in esso si dispone *al* §. 5. *Tit. IV. Lib. I.*, che se il reo convenuto vorrà opporre la declinatoria del Foro, dovrà farlo prima di contestar lite, altrimenti sarà rigettata, ancorchè si trattasse di persone contemplate dalla *L. unica Cod. quando imperator*, la quale per altro non è fra noi più vigente. Questa regola va soggetta a limitazione, quando si tratta dell' eccezione d' incompetenza assoluta del Giudice, che, come abbiam di sopra accennato, può affacciarsi anche dopo la sentenza, in vista della nullità degli atti costrutti nanti chi è privo di giurisdizione *L. ult. Cod. si a non compet. jud.*, e quando si tratta dell'eccezione *suspecti judicis*, se la causa di sospetto o è nata, o si è manifestata dopo la contestazione di lite. *L. 4. ff. h. t.*

L' eccezioni, che finora siamo andati discorrendo, benchè si appellino col particolar nome di *declinatorie*, non cessano però di appartenere alla classe delle *dilatorie*, tendendo anch' esse a sospendere soltanto il giudizio col farlo devolvere ad altra sede, ma non a toglierlo del tutto.

Seguendo noi l' ordine tracciato nel principio di questo titolo, ci occuperemo ora delle eccezioni *dilatorie* propriamente dette, alle quali assegnammo il secondo luogo della premessa divisione.

Delle eccezioni dilatorie altre riguardano le qualità dell' Attore, altre quelle del reo, altre finalmente la natura della causa, di cui si tratta.

Quelle della prima specie sono;

La *legittimazione della persona dell' Attore*, che ha luogo, quando il reo convenuto, chiede che l' Attore agente a nome altrui, o con qualche spe-

ciale qualità, come di erede, di cessionario ecc. produca il suo mandato, o giustifichi la sua qualità.

La *Cauzione de judicio sisti, & judicatum solvendo*, alla quale il reo può astringere l' attore forestiero, giusta quanto dispone il Pat. Cod. al tit. 15. lib. 1.

L' *Eccesione di non tentata conciliazione*, che ha il reo quando l' attore ha ommesso di premettere alla via contenziosa l' esperimento conciliativo, e quando non ha pagata la multa, a cui il conciliatore lo condannò per contumacia. L' oggetto di questa eccezione si è di far sospendere il giudizio, finchè non siasi tentata la conciliazione, o non siasi dall' attore purgata la sua contumacia colla multa secondo i casi.

Quelle della seconda specie sono:

La *legittimazione della persona del reo*, che dall' attore può chiedersi, allorquando il reo oppone qualche eccezione, che gli deriva dall' esser rivestito di una particolare qualità.

Il *termine a deliberare, e a far l' inventario*, che dall' erede citato in giudizio può chiedersi all' oggetto di ottenere il termine a deliberare, se abbia sì o no ad adire l' eredità, e in caso a far l' inventario volendo.

Il *termine a denunziare la lite al reo assente*, che il lui Procuratore, o Mandatario, o Parente può chiedere al Giudice.

Il *termine a denunziare la lite al proprio autore*, o come dicono i Pratici, il termine *ad laudandum auctorem*, che si chiede dal reo convenuto, onde poter denunziare al suo autore, o liberatore le inferitegli molestie.

La *riconvenzione*, la quale altro non è che una seconda convenzione, che il reo fa dell' attore davanti al medesimo Giudice, nei casi, in cui può aver luogo a termini di ragione, come altrove si è visto.

L' *escussione* da farsi prima al principal debitore, la quale può chiedersi dal reo, che non è obbligato principalmente, ed in solido nei casi permessi dal Codice cit. al tit. 19. lib. 1., come diffusamente vedremo al titolo della Sigurtà, ove parlerassi ancora della cessione delle ragioni.

Il *benefizio della divisione*, che si da ai coobbligati semplicemente, affinchè il pagamento della obbligazione venga ripartito a ciascuno obbligato in egual proporzione. Non competerebbe questo beneficio ai coobbligati principalmente, ed in solido, ciascuno dei quali potrebbe essere convenuto per l' intiera obbligazione.

L' eccezione *de spolio*, mediante la quale il reo spogliato chiede di essere rimesso al possesso delle cose proprie prima che si discuta la causa.

Finalmente l' eccezione *delle ferie*; come quella, per esempio, che possono affacciare i Montanari soliti a recarsi in tempo d' inverno alle maremme, in favore dei quali la legge patria ha stabilito, che in quell' epoca si sospendano le liti, che essi sono obbligati ad assistere personalmente.

Da ultimo le eccezioni dilatorie della terza specie, ossia quelle che riguardano la natura della causa sono:

L' eccezione d' *inettitudine*, o d' *oscurità*, o d' *incertezza*, o di *generalità* del libello, gli estremi della quale furono bastantemente da noi tracciati al titolo del libello.

L' eccezione d' *indebito tempo*, che ha luogo allor quando l' attore chiede al reo la prestazione del fatto, o dell' obbligazione prima del termine stabilito. Questa eccezione è inefficace quando l' attore avesse giusto motivo per convenire il reo prima della scadenza dell' obbligazione, come per esempio quando vi fosse sospetto di fuga per parte del reo. *Pellegrin. loc. cit.*

La *moratoria o salvocondotto*, quella dilazione cioè al pagamento de' debiti, che il Principe accorda ai debitori impotenti, che implorano la sua commiserazione. Il Principe nostro per altro non ammette suppliche tendenti ad ottenere moratorie, a meno che straordinarie circostanze non meritassero i riguardi della sua clemenza. Avvi un' altra specie di moratoria, ed è quella dilazione, che la maggior parte de' creditori accorda al comune debitore al pagamento de' suoi debiti, data però dal debitore medesimo cauzione idonea di puntualmente adempire agli obblighi proprii alla scadenza del termine accordatogli.

Finalmente l' eccezione di *ritenzione*, che compete al depositario, commodatario, e simili, affine di protrarre la restituzione della cosa depositata, o commodata sino che dall' attore siano state rifuse al reo le spese occorse per la conservazione della cosa stessa.

Tutte le accennate eccezioni dilatorie, non altrimenti che le declinatorie debbono prodursi prima della contestazione della lite. Si eccettuano però la cauzione *de judicio Sisti ecc. L.* 16. *Marzo* 1786. *N.* 1. La *legittimazione della persona Heinec. Recit. Lib. IV. tit.* 18. *N.* 3. L' eccezione *delle ferie* a favore delle persone di montagna, di cui parla il *Cod. cit.* al §. 11. *Tit.* 6. *lib.* 1. le quali eccezioni possono opporsi in qualunque parte del giudizio.

Vuolsi ancora avvertire, che la chiamata a difesa del Rilevatore benchè regolarmente debba eseguirsi prima della contestazione della lite, lo si può anche dopo; ma in tal caso non si accorda al reo la sospensione del giudizio promosso contro di lui, e la causa principale, e quella di chiamata a difesa vengono definite con due separate sentenze. *Cod. Pat.* §. 8. *Tit.* 4. *lib.* 1. Così si dica della riconvenzione, come altrove si vide.

Il dare un completo trattato di tutte le eccezioni così dilatorie, come perentorie è piuttosto impossibile, che difficile a chi, come noi, si è prefisso di non escire dai termini di un' opera elementare. Adunque staremo contenti all' avere con brevità accennate le generali differenze delle eccezioni, e all' averne mostrate a modo di esempio le principali, lasciando ai giovani di meglio approfondire questa materia nei libri del Digesto, e del Codice Giustinianeo, che ne trattano diffusamente.

Delle eccezioni perentorie altre hanno origine dalle nullità dei Contratti o per vizj ad essi intrinseci, o per violazione di forme, altre da fatti posteriori ai contratti, altre finalmente da particolari qualità inerenti alle persone dei litiganti. Tendono le prime a mostrare che non vi fu mai obbligazione, le seconde che l'obbligazione fu estinta, le ultime che l' obbligazione esistente deve modificarsi.

Della prima classe sono, per esempio, le seguenti eccezioni.

L' eccezione *di dolo*, la quale compete a colui, che fu tratto ad obbligarsi solo per dolo malo dell' attore. Perchè sia proficua al reo è necessario ch' esso alleghi e provi il dolo dell' attore, mentre se il dolo fosse provenuto dal fatto di un terzo, l'eccezione non gioverebbe, salvi i casi nei quali il dolo dell' uno pregiudica all' altro: di questi parla *la Glos. in l.* 2. §. *docere ff. de dol. except.*

Quella *di meto*, o *quod metus causa*, che si dà contro quell' attore, che chiede la prestazione di un obbligo contratto dal reo per solo timore. Non ogni leggiera vessazione è bastevole ad infirmare un' obbligazione; ma ad avvalorare l' eccezione *quod metus causa* si richiede un timore ragionevole e grave, o come dicono le LL. cadente ezian-

dio in uomo forte, e costantissimo *L. metum autem ff. quod met. caus.*

L' eccezione di *errore*: compete questa contro colui, che chiede una cosa promessa dal reo per errore. Onde si possa validamente affacciare per rimovere del tutto l' obbligazione, è necessario che l' errore sia caduto sulla sostanza del contratto, o sulle circostanze, che han dato causa al medesimo, poichè se l' errore avesse viziato soltanto una qualità accidentale, o la quantità dell' obbligazione, non sarebbe luogo che ad una riduzione del contratto, a norma delle circostanze. È necessario inoltre, generalmente parlando, che trattisi di errore di fatto, mentre se l' errore versasse sul diritto, l' eccezione non gioverebbe, se non nei casi in cui l' ignoranza di gius è scusata. Questi casi si hanno dalla *L. regul. ff. de jur. & fact. ignorant.*

L' eccezione di *simulazione*, che ha luogo allorchè le parti ebbero diversa intenzione da quella che fecero apparire dai termini del contratto, e ciò per fraudare o le persone, o la legge. A questa eccezione fondata sul principio di legge, che il contratto simulato non è contratto *L. simulatae nuptiae ff. de rit. nupt. L. emptor. ff. de acq. plur. arcend.* osta sempre la presunzione. Per questo appunto a chi se ne vuol giovare incombe di provare l' esistenza di una causa probabile di simulazione, o almeno di farne costare per via di urgenti congetture. La simulazione per altro tendente a mascherare un contratto lecito non toglie l' obbligazione, cosicchè se chi poteva donare eseguì la donazione sotto l' apparenza di vendita, l' obbligo del donatore non si estingue per l' intervenuta simulazione.

L' eccezione *non numeratae pecuniae*, che compete a chi si dichiarò debitore di una cosa che veramente non conseguì. Per gius comune allor-

quando alcuno per mezzo di chirografo confessava d' aver ricevuta una somma, che realmente non gli si era sborsata, poteva entro un biennio, a datare dal chirografo stesso, con questa eccezione costringere il supposto creditore a provare il seguito pagamento della somma confessata. Scorso il biennio, era bensì in facoltà del confitente di giovarsi dell' eccezione *non numeratae pecuniae*, ma in questo caso dovea egli provare il non seguito pagamento. Il nostro Codice ha prescritto che contro le confessioni tanto dei debiti, quanto dei loro pagamenti non si ammetta mai l' eccezione del non numerato denaro, e della non seguita soddisfazione. *Cod. Pat.* §. 5. *Tit.* 19. *Lib. II.* Con che non si è inteso di togliere del tutto l' eccezione, ma di toglierla al solo effetto ammesso dalle leggi Romane, che è quello di trasfondere, come si è detto, nell' attore l' onere di provare la numerazione del denaro, quando venga dal reo affacciata entro il biennio.

Le eccezioni in fine che derivano dall' essere i contratti a termini di ragione illeciti, e nulli, come gli usurarj, o dall'essere mancanti delle solennità, che la legge ha stabilito a tutela delle persone inabili per se stesse a reggere i proprj affari, come sono i Pupilli, le Donne, i Figli di famiglia, e simili,

Le eccezioni di nullità, quando non siano dedotte come un motivo di difesa, sono rigettate *Decis. del Supremo Consiglio* 4. *Dicembre* 1824. *Grassi con Tartuffi.*

La seconda delle accennate classi abbraccia, come abbiam veduto, tutte le eccezioni aventi origine da fatti posteriori al contratto. Per questi fatti intendiamo tutti i modi, onde si estinguono le obbligazioni, ciascuno dei quali offre un' eccezione,

con cui può rintuzzarsi la pretesa di quell' attore, che volesse far rivivere i proprj diritti già estinti.

Le principali eccezioni, che comprendiamo in questa classe sono:

L' eccezione di *lite finita,* che ha la sua causa o in una sentenza passata in giudicato, o in una transazione, o in un giuramento. Dicesi sentenza passata in giudicato quella, da cui il soccombente non ha appellato entro il termine legittimo, o quella, all' appellazione di cui si è per patto rinunziato. Tale sentenza produce l' effetto d' imporre perpetuo silenzio all' attore soccombente, al quale perciò è tolto di convenire nuovamente il reo per l' identica cosa giudicata. La transazione è un contratto, con cui le parti o prevengono una lite nascitura, o sopiscono una lite già insorta. Quindi composte una volta, mediante legittima transazione le pretese litigiose e dubbie di una Parte, non possono più queste essere il soggetto di una nuova lite a danno dell' altro transigente. Il giuramento decisivo, di cui intendiamo in questo luogo di parlare, mentre per una parte si paragona alla transazione, in quanto che non può deferirsi che in affari dubbj, ed incerti. *L. 2. ff. de transact. l. 18. Cod. eod.*, si equipara per l' altra alla sentenza passata in giudicato, estinguendo esso l' obbligazione, la quale non può farsi rivivere nemmeno con prove provate, se non nel termine di giorni dieci a contare dal preso giuramento *Cod. Pat.* §. 6. *tit.* 22. *lib.* 1. Ora è facile comprendere, che l' eccezione di lite finita ha luogo ogni qual volta l' attore ripropone l' istessa controversia che fu sopita o finita col mezzo di una regiudicata, o di una transazione, o di un giuramento decisorio.

L' eccezione di *pagamento*, che nasce dalla circostanza d' essere stata tolta l' obbligazione colla prestazione reale della cosa, di cui si era debitore.

Quella di *prescrizione*, che si affaccia a colui, che ha lasciato scorrere a proprio danno il tempo dalla legge richiesto a compiere la prescrizione.

Quella, che nasce dal *patto de non petendo*, che compete a chi fu dal suo creditore assoluto con promessa di non mai più chiedere cos' alcuna pel titolo, di cui si tratta.

Quella di *compensazione*, che ha luogo allorquando due persone sono debitrici l' una verso l' altra di cose della medesima specie. L' effetto della compensazione è di estinguere i debiti reciproci fino alla rispettiva concorrenza, quando però siano ambidue liquidi, o almeno di facile liquidazione. L' eccezione adunque di compensazione si accorda al reo, che trovandosi nello stesso tempo in debito e in credito di cose della stessa specie verso l' attore, intende che il suo debito sia estinto, o compensato col credito. Dal che non può l' altra parte schermirsi, mentre la compensazione si opera per ministero delle leggi, le quali non proteggono mai i circuiti inutili, come sarebbe quello di pagare il debito per poi ripetere il credito;

Tutte le eccezioni in somma, come si è sopra avvertito, che nascono dai modi, con cui vengono tolte le obbligazioni, e dei quali ci riserbiamo di ampiamente parlare nella seconda parte di quest' opera.

Nell' ultima classe delle eccezioni perentorie comprendiamo quelle, che modificano l' esecuzione della sentenza passata in cosa giudicata. Le principali sono *il benefizio deducto ne egeat, il benefizio dell' inventario, il gius offerendi, & solvendi.*

Avvi delle persone, che per loro particolari qualità non possono essere astrette a pagare l' intiero dei debiti loro, avendo diritto di dedurne a proprio vantaggio una parte, onde con essa salvarsi dall' inopia, ed avere di che alimentarsi. Questo bene-

ficio dicesi *deducto ne egeat*, e si accorda agli ascendenti di ambi i sessi contro i discendenti; e viceversa: al marito contro la moglie; e così a questa contro quello per causa di dote, e per le obbligazioni da essi vicendevolmente assunte pendente il matrimonio; ai socj tanto per le obbligazioni sociali, quant' anche per le non sociali assunte durante la società; al donatore convenuto per causa della donazione, quand' essa fu fatta unicamente per vantaggio del donatario, non quando il donatore si prefisse, donando, un fine a lui stesso favorevole, come se avesse donato, perchè il donatario gli ristaurasse una casa.

Ogni volta pertanto che i consanguinei in linea retta, o i conjugi, o i consoci, o i donanti sono citati ad adempiere alle proprie obbligazioni dipendenti dagli espressi titoli, possono giovarsi dell'eccezione derivante dal benefizio *deducto ne egeat*, onde dedurre dai debiti loro i necessarj alimenti. Per istabilire la conveniente misura di questi alimenti devesi aver riguardo alle forze del patrimonio di chi allega il privilegio della deduzione *L. cum plures* 12. §. *cum tutor*, *et argum. l. tutor* 13. *ff. de admin. tut.*, alla sua condizione *Glos. in l. servis urbanis* 99. *super verb. cibariis ff. de leg.*, ed alla sua età, giusta la norma della *L. haeredit.* 68. *ff. ad Leg. Falc.*

Il benefizio di deduzione non libera pienamente dal debito residuale. Rimangono le persone, che lo allegarono, obbligate ciò non ostante pel residuo medesimo, di modo che, pervenendo a miglior fortuna, son tenute a pagarlo, salva però loro anche in questo caso la deduzione. Anzi se tali persone vogliono godere del privilegio di deduzione, debbono prestare cauzione almeno giuratoria di pagare il residuo, quando, aumentate le forze del loro stato, siano in grado di farlo *L. unica* §. *cum autem*

7. *Cod. de rei uxo. act.*, la quale benchè parli soltanto del marito, si estende per identità di ragione a tutti coloro che godono del privilegio *deducto ne egeat*.

Del Benefizio della Legge, e dell' Inventario non terremo in questo luogo diffuso ragionamento, occorrendoci di parlarne altrove. Avvertiremo soltanto che l' erede benefiziato, quegli cioè, che adì l' eredità col benefizio della legge e dell' inventario, non può essere costretto a soddisfare i debiti del proprio autore, se non nei limiti delle attività ereditarie. Perlocchè l' erede benefiziato convenuto in giudizio, può con questa veste opporre il prefato benefizio, e liberarsi così dal pagare ciò che le forze dell' eredità non permettono.

L' eccezione, che nasce dal *gius offerendi, & solvendi* può affacciarsi dal terzo possessore investito coll' azione ipotecaria, affine d' impedire al creditore l' apprensione del fondo ipotecato, offrendo invece, ed effettuando il pagamento del debito che vi gravita sopra. *L. Paulus* 12. §. *fin. ff. quib. mod. pign. vel. hypoth. solv*. Questo *gius offerendi, & solvendi*, che è stato conservato in vigore del nostro sistema ipotecario, può invocarsi sol quando si offre, e si effettua il pagamento del debito per intiero, perchè la parziale offerta, siccome non giova al principal debitore, così giovar non deve al possessore estraneo, e sol quando il pagamento vuolsi effettuare in denaro contante, e non in altri fondi, perchè altrimenti il creditore sarebbe costretto ad accettare a propria soddisfazione una cosa per l' altra, contro il principio stabilito dalla *L.* 2. §. 1. *ff. si cert. pet.*

Queste eccezioni che non tolgono, ma modificano il diritto dell' attore, si chiamano col nome particolare di *modificative*, e si possono opporre anche dopo la sentenza per moderarne l' esecuzione.

Quelle che, affacciate prima della contestazione della lite, impediscono il suo ingresso, come l' eccezione d' incompetenza del Giudice, o di lite finita, si dicono *pregiudiziali*, perchè talmente pregiudicano al diritto dell' attore, che non può farsene soggetto di contestazione, almeno nel foro adito.

Quelle che dipendono da qualità particolari inerenti alla persona del reo, diconsi *personali*, e non può giovarsene che il reo stesso fornito di tali qualità.

Tutte le altre finalmente, che si dicono *reali*, possono servire di difesa, non solo al primo obbligato, ma eziandio agli eredi, agli aventi causa, ai fidejussori, e simili.

Il Codice Estense al §. 5. *tit.* 6. *lib.* 1. ha prescritto, che se nel termine assegnato al reo per rispondere al libello darà eccezioni impedienti l' ingresso della lite, si dovranno queste esaminare, e definire nel termine di giorni 6; e se in tal termine non saranno state definite, s' intenderanno rimesse alla spedizione del merito principale; in proposito della quale disposizione vogliamo avvertire, che se l' eccezione pregiudiziale è di tal natura, che escluda assolutamente la discussione del merito, come per esempio, quella che tocca la giurisdizione del Giudice, deve conoscersi e giudicarsi prima di procedere *ad ulteriora*, per non incorrere nel pericolo di costruire un processo nullo. *L. fin. Cod. de except. Castr. in l. exceptionem. Cod. de probat.*, il che si vedrà più ampiamente nel titolo seguente.

L' eccezioni perentorie per regola generale si oppongono dopo la contestazione della lite, ma prima della conclusione in causa. Le *pregiudiziali* però si possono affacciare anche nei primordj della causa, e in questo caso, come si è detto, impediscono l' ingresso della lite; e le *modificative*, non

che quelle che annullano il processo costrutto, si possono dedurre anche dopo che la sentenza è passata in giudicato o per modificarne l'esecuzione, o per renderla del tutto priva d'effetto. Così si dica dell'eccezioni derivanti da nullità assoluta dei contratti, come sarebbe quella di stocco. *Decis. del Sup. Cons.* 5 *Aprile* 1827 *Baisi con Bassoli.*

Come l'attore è tenuto a provare gli estremi dell'intentata azione, così il reo deve provare le proprie eccezioni, perchè rispetto ad esse si considera come attore. Per la stessa ragione il Codice nostro, che provvide all'interesse dell'attore, prescrivendo, che colla prodotta del Libello si abbia per intentata qualunque azione al medesimo attore competente, ha pure disposto, come si è sopra accennato al Tit. I.° della Parte III., che colla prodotta delle eccezioni generali, le quali consistono nel negare tutto quanto ha esposto l'attore, s'intenda proposta qualunque altra eccezione più proficua al reo. *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 6. §. 5.

L'eccezioni, quantunque corrispondenti ad azioni temporarie, sono perpetue, giusta il principio *quod est temporarium in agendo est perpetuum in excipiendo*, perchè gli obbligati non possono giovarsi dell'eccezioni loro competenti ogni volta che loro piaccia, ma sol quando sono dall'attore convenuti in giudizio.

PARTE QUINTA

CAUSA FINALE DEL GIUDIZIO.

Lo scopo pel quale i Cittadini si presentano in foro, chiaro è altro non essere che quello di rivendicare i proprii diritti; quindi la parte di giudizio che pone fine alle loro vertenze, e quella che ad essi procura quanto è loro dovuto, la Sentenza cioè, e l' Esecuzione di essa, formano la causa finale del giudizio medesimo, e saranno l'oggetto delle presenti nostre occupazioni. Siccome però ad ottenere l' esecuzione della sentenza è d' uopo che questa abbia acquistata forza di cosa giudicata, ossia che non rimanga al soccombente rimedio legale per toglierne, o sospenderne gli effetti, così in questa parte quinta vedremo ancora i modi, con cui si può venir contro la sentenza.

TITOLO I.

DELLE SENTENZE.

La parola Sentenza viene da *Sentiendo*, poichè il Giudice con essa manifesta ciò che sente sulla promossa controversia. Dietro le *ll.* 1.*ff.de rejudic.*, *e* 3. *C. de Sent. & interl.* si definisce comunemente la sentenza = *Judicialis definitio controversiae, finem imponens, condemnationem, vel absolutionem continens.* Riflettasi però che questa definizione si restringe alle sentenze definitive, e non abbraccia le sentenze interlocutorie. Potrebbe forse meglio definirsi = *Atto legale con cui il Giudice, o il Tribunale competente decide un dubbio, che le parti*

litiganti hanno sottoposto al giudizio di lui =.
Da questa definizione si scorge, che il giudizio emmesso da un Arbitro non può dirsi sentenza, perchè desso non è Giudice rivestito di pubblica autorità e competente, e però dal suo decreto, che appellasi *Lodo*, non nasce l'azione di giudicato. *ll.* 1. 2. *ff. de recept. l.* 1. *C. eod.*

La Sentenza altra è *definitiva*, che decide la quistione principale, altra *interlocutoria*, che toglie una subalterna, ossia qualche incidente, od emergente.

Molto differisce la sentenza definitiva dalla interlocutoria, poichè la prima per gius civile ammette appello, non così la seconda; e sebbene per massima di gius canonico si dia appello anche da questa, pure non se ne sospende l'esecuzione, senza ottenere le lettere inibitoriali dal Giudice di seconda istanza: la definitiva si giustifica in appello *ex noviter deductis*, non così l'interlocutoria: non può il Giudice variare, correggere, ampliare, diminuire la definitiva, giacchè, data questa, *functus est munere suo*, e non ha più giurisdizione nella causa relativa; ma cambia, e revoca bensì la interlocutoria, come si ritiene in pratica dietro l'opinione di Maranta, e Zazio, appoggiati alle *ll.* 19. *ff. de recept.* 55. *ff. de sent.*, ed al gius canonico *Cap.* 60. *de Appell*; alla qual regola si fa eccezione, quando trattasi d' interlocutoria avente forza di definitiva, come vedremo. La interlocutoria non ha bisogno d' essere preceduta da citazione a sentenza, ma senza di essa la definitiva sarebbe nulla; e nel nostro foro la parte più sollecita, scorsi i termini in causa, cita l'altra, con un termine che suol essere di tre giorni, a veder porre la monizione a sentenza, dietro di che il Giudice ne fissa il giorno, e l'ora alla prolazione. Da ciò che si è detto rilevasi quanto interessi il

distinguere l'un genere di sentenza dall' altro. Veggansi Maranta, ed Aunoldi a questo titolo.

Molte volte la Sentenza interlocutoria tiene luogo di definitiva, e ciò succede quando quella non lascia più luogo a questa, o quando apporta danno irreparabile al merito principale della lite, come se il Giudice dichiari sè incompetente, o inammissibile il libello, rigetti la pendenza di lite, o i capitoli, ammetta un' eccezion perentoria, assolva il reo dall' osservanza del giudizio, e simili: veggasi *Pellegr. prax. vicarior. part.* 2. *sect.* 3.

Il Fachineo *Controv. for. lib.* 1. *controv.* 43. promove il dubbio, se il Giudice debba pronunziare sulle quistioni incidentali prima che si proceda oltre nella causa. Pare che simil dubbio possa togliersi con questa distinzione: o la controversia incidentale è di quelle che chiamansi emergenti, come sarebbe l' eccezione d' inettitudine del libello, o è tale che impedisce il processo della lite, come l' eccezione di carenza del mandato nell' attore, e allora il Giudice deve interloquire: *l.* 39. *intra utile ff. de minor., l. ut. si forte ff. de dilat., l. quod si* 7. §. *feriali ff. de liber. caus.;* che se dall' incidente dipende il merito principale della causa, come se si trattasse di determinare nell' attore la qualità di figlio, o di uomo libero, sull' appoggio della quale chiedesse una eredità, allora basta che il Giudice decida il merito, giacchè con questo resta pur tolto l' incidente *l. pertinet.* 1. *C. de ordin. Judic. l. sed.* 2. *C. de ord. cognit.* È pure controverso se il Giudice possa rigettare tacitamente le opposizioni incidentali, col procedere oltre in causa, o se debba espressamente giudicarne. Vario è l' uso dei Tribunali. Presso noi, dietro il §. 32 della legge 28 Maggio 1819., sembra che il Giudice debba espressamente rigettare la dimanda, che non intende di accogliere, perchè il detto

paragrafo dispone, che la dimanda incidentale debba notificarsi alla controparte, con assegnazione di termine perentorio ad arbitrio a rispondere, a meno che detta dimanda non sia riconosciuta dal Giudice manifestamente priva di fondamento, e perciò da rigettarsi; nel qual caso pare, che si debba giudicare, rigettando la dimanda ingiusta. Di più se la parte così intimata non risponde in termine, dietro nuova istanza dell' attore il Giudice decide come trova di ragione; ma se il reo si oppone, può, dice il §. 34. di detta legge, il Giudice immediatamente interloquire, se trova inattendibili ed irrilevanti le opposizioni; se poi non le trova destitute di qualche fondamento, ne ordina la comunicazione alla controparte, e fissa il giorno in cui interloquirà, senza ammettere alcun atto ulteriore: dunque deve sempre interloquire.

È però in suo arbitrio, secondo che il punto da risolversi lo richiederà, il fissare una sessione, dietro la quale, entro il termine di tre giorni al più tardi, deve decidere il dubbio col metodo delle cause minori.

La parte che soccombe in una quistione incidentale, resta per legge condannata nelle spese relative, ed in questo caso il di lei Procuratore non deve conseguire emolumento alcuno. Se poi le Parti sono state assolute dalle spese, il Procuratore percepisce il suo onorario, e le spese del decreto sono a carico comune delle Parti.

Molti requisiti doveva una volta presentare la sentenza definitiva, perchè non fosse nulla: doveva, cioè, esprimere il nome del Giudice, la di lui qualità o di delegato, o d' arbitro, o d' ordinario ecc., il nome delle parti litiganti, il tenore della causa da decidersi, la menzione del seguito esame degli atti sostanziali del processo, e della citazione a sentenza, finalmente la menzione, che

la sentenza fu data non in piedi, ma a sedere *pro tribunali*, ritenendosi che la posizione incomoda dello stare in piedi, potesse determinare il Giudice a proferire una sentenza poco ponderata. La pratica ha derogato a molte di queste formalità: oggi è essenziale che la sentenza porti o l'assolutoria, o la condanna, mediante le parole *assolve*, o *condanna*, o mediante equipollenti. *ll.* 1. 5. 9. *ff. de sentent.* Deve inoltre la sentenza medesima definire contestualmente tutti i punti controversi sì dall'attore, che dal reo proposti, a meno che le circostanze non escludessero tale contestualità, come nel caso che il giudizio di riconvenzione fosse intentato a lite inoltrata. Il solo Supremo Consiglio, e quel Magistrato, che venisse dal Sovrano specialmente delegato a conoscere una qualche causa particolare, possono, a misura de' casi, decidere un punto in questione, rimettendo ad altro tempo la decisione dell'altro *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 26. §. 2. Fu un tempo permesso, anche sotto la legislazione Estense, di pronunciar sentenze senza motivi, per cui una parte vedevasi condannata senza conoscerne il perchè. Il Sovrano, che portò molte salutari innovazioni al Codice Estense, prescrisse pure, che ogni sentenza definitiva, od avente forza di definitiva, pronunciata da Giusdicente, o da Tribunale, o dal Supremo Consiglio di Giustizia, debba contenere una succinta esposizione dei motivi sostanziali, su cui essa viene basata. Veggasi il Regolamento 28 Agosto 1814. Deve proferirsi la sentenza nell'ora prefissata *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 26. §. 4., e nel luogo ove il Giudice dà udienza: deve sottoscriversi dal Giudice, e pubblicarsi dal Cancelliere, o dall' Attuario, che fa rogito della pubblicazione, da seguire alla continua presenza di due Testimonj: quindi presso di noi è proibito il rilasciare in atti la sentenza in cedola sigillata. Era permesso nella

pratica civile di avere *pro servato* il termine perentorio della citazione a sentenza; ma ciò è presso noi proibito.

Nelle cause pendenti davanti i Tribunali collegiati, o davanti il Supremo Consiglio di Giustizia, il Presidente, seguito che sia il contraddittorio, fissa il giorno della sentenza, e ne fa seguire annotazione in apposita Tabella, che si tiene esposta in Cancelleria. *L. ea quae* 7. *Cod. quomodo*, *&* *quando &c.* Veggasi il *Regolam. cit.* 28. *Agosto* 1814.

Non meriterebbe il nome di sentenza quella che non fosse espressa in termini chiari, e precisi, e perciò desse luogo a dubbj, ed ambiguità; mentre allora, lungi dal togliere le quistioni, non servirebbe che ad accrescerle in onta della giustizia. Lo stesso dicasi della sentenza, che fosse alligata a condizioni estrinseche *L.* 1. §. 5. *ff. quand. appellan. sit.*, o scritta fosse con effrenata generalità, o condannasse a cosa impossibile *l. fin. ff. quae sentent. sine appellat.* Deve la sentenza essere consentanea alle leggi. *Si expressim sententia contra juris rigorem* (o secondo altri *tenorem*) *data fuerit, valere non debet. L.* 29. *ff. de appellat.*, e conforme al libello *quia ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas Judicis non potest. l.* 18. *ff. com. divid.* Non può dirsi però la sentenza difforme dal libello, se il Giudice pronunzia sulle cose relative a ciò, che si è addimandato, e che s' intendono implicitamente comprese nel libello §. 30. *Inst. de act.* Così, per esempio, nei giudizj di buona fede può il Giudice accordare all' attore anche i frutti, benchè espressamente non dimandati. Finalmente la sentenza dev' essere basata sulle prove risultanti dagli atti, come si vide. Se i litiganti sono di diversa giurisdizione, la sentenza dev' essere proferita secondo le leggi, e consuetudini del luogo e del tempo, in cui seguì il controverso contratto. *L. si fundus ff. de evict.*

Con molto dibattimento fu agitata la quistione fra i DD., se la sentenza abbia a proferirsi contro la Parte litigante, ovvero contro il Procuratore, che ne sostenne in giudizio la difesa. La cosa più sicura si è di proferirla contro ambidue, locchè è conforme alla pratica. Il nostro Codice prescrive, che mancando uno dei litiganti dopo contestata la lite, la sentenza si pronuncierà dal Giudice in persona del Procuratore di esso, senza che sia duopo di citare gli eredi del defunto. Data però la sentenza, dovrà essere intimata particolarmente o agli Eredi del defunto litigante, oppure al Curatore dell' eredità giacente, se esiste, o non esistendo, lo si farà all' uopo deputare.

Fu dubbio ancora, se, e quando dovesse la sentenza condannare il vinto a rifondere al vincitore le spese della lite. La *L. properandum* §. *sive autem Cod. de judiciis,* e tutti gl' Interpreti ammettono l' affirmativa in generale. In pratica però questa va soggetta a limitazione, quando legittima causa di litigare ebbe quella parte che rimase soccombente. Quale sia giusta causa di litigare, non è positivamente dalle leggi determinato. I Pratici, e segnatamente Menochio de *arbitrar. Judic. quaest. cas.* 177. ne annovera diverse. Le principali sono: dubbiezza, e controversia di accreditati Giureconsulti sull' articolo posto in quistione: prova semipiena per parte del vinto: opposizione ad un fatto ignoto del proprio autore: petizione di più di quanto era all' attore dovuto: quistione fatta per conservare il proprio pudore: inganno per parte de' testimonj, che prima della lite asserirono una cosa, indi nel loro esame cambiarono faccia ecc. Così se taluno ha per sè il voto di un Ministro dissenziente del Supremo Consiglio di Giustizia, non è in revisione condannato nelle spese, quantunque

sia rimasto soccombente in prima, e seconda istanza *L.* 28 *Maggio* 1819. *art.* 68.

Se uno è condannato nelle spese di prima, e seconda istanza, dev' esserlo anche in una multa, che consiste nel quarto delle Tasse dovute al Regio Erario.

Quando il Giudice, o Tribunale nel suo decreto non fa parola delle spese, s' intende che abbia voluto assolverne le parti. La condanna nelle spese proferita generalmente, è per sè estensiva anche a quella dei precedenti giudizj, nei quali sia stato il soccombente condannato. Se in appello le parti sono state assolute dalle spese, e in revisione il soccombente sia stato in esse condannato, è tenuto questi a rifondere soltanto le spese di revisione, a meno che la decisione non porti espressamente la condanna anche nelle spese dei precedenti giudizj.

Nel caso che un Suddito Estense, avuta lite con un Forestiere, sia condannato nelle spese, deve rifondere al Vincitore, oltre le altre, anche quelle delle sportule *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 26. §. 8.

Si avverta però, che dandosi due specie di spese di lite, l' una cioè di spese giudiziali, ossia necessarie, l' altra di stragiudiziali o volontarie, la condanna nelle spese in genere non può mai estendersi oltre alle necessarie: tali diconsi quelle spese, senza le quali non si può compiere il giudizio, e sono già dalle vigenti tasse fissate: volontarie all' incontro sono quelle, che si fanno dalle parti oltre il portato dalle indicate tasse, e diconsi anche spese delicate, o spese morte: tali sono i regali che si danno agli avvocati, il trattamento più splendido di quello sia dalle leggi fissato, per le diarie pei viaggi, e simili.

Benchè il Giudice, o Tribunale debba per regola ordinaria pronunziare la condanna sulla cosa precisa, che espressamente, o tacitamente è stata

in giudizio dedotta, pure talora può per umanità, o per giustizia deve condannare nell' estimazione della cosa richiesta, oppure nell' *id quod interest*. Per lo più ciò accade nella domanda riguardante la prestazione di un fatto: e qualche volta nelle obbligazioni di dare. In queste è giusto di condannare uno piuttosto a ricevere la stima della cosa, che la cosa stessa, quando 1.° la cosa perì per colpa del reo, o dopo che esso ne fu moroso alla restituzione *l.* 15. *in fin* 36. *ff. de rei vindicat. l.* 5. *servum ff. de verb. oblig.* 2.° qualora la cosa di un terzo, che si richiegga in giudizio, non sia vendibile che a prezzo immodico *l. si domus* 71. §. 3. *ff. de legat. prim.* 3.° nei Giudizj divisorj *familiae erciscundae, comuni dividundo, finium regundorum:* 4.° allorchè, essendosi restituita la cosa dopo la regiudicata, non possa l'attore stimarla tanto, quanto l' avrebbe stimata, se tosto gli fosse stata restituita.

Nella prestazione di un fatto si condanna per lo più all' *id quod interest* nelle azioni reali, *ad exhibendum,* nelle azioni *commodati, depositi,* in cui chiediamo ci sia restituita una cosa, che da noi stessi partì, ma di cui giammai non cessammo di avere la proprietà: così in tutti i giudizj nei quali sia chiesto, che il reo, in sua contumacia, faccia qualche cosa, si condanna all' *id quod interest*. Questo si definisce dall' Accursio, e dai DD. nella *l. unica Cod. de senten. quae pro eo loco &c.* = *Danno emergente, e lucro cessante per ciò che era dovuto, e non fu prestato.* = Il Vinnio nelle sue Partizioni del diritto *lib.* 2. *Cap.* 35. lo definisce. = *Quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. Quod nobis abest de nostro, quod amissimus, cum prius habuerimus. Quod lucrari potuimus, neque lucrati, aut consecuti sumus* =. Queste due definizioni coincidono nella medesima idea. L'*id quod interest* si ritiene

da taluni di tre specie, cioè *singolare*, *comune*, e *convenuto*; ma realmente non è, che di una specie sola, cioè *comune*, avvegnachè la stima delle cose non si fa colle regole della privata particolare opinione, ma bensì secondo ciò, che comunemente sono le cose stesse stimate *L. praetia* 63. *ff. ad leg. Falc. l.* 33. *ff. de leg. Aquil.* ed il *convenzionale*, cioè la pena convenuta, può esigersi anche qualora *nihil intersit* §. *ult. Instit. de verb. oblig. l.* 38. §. *alteri ff. eodem*. Da ciò si vede che incerto è sempre ciò che si deve per l' obbligazione di fare, essendo incerto l' *id quod interest*. Questa incertezza è di due specie: una sta nella quantità dell' obbligazione, la quale appunto è incerta, perchè dall' incerto evento dipende se, e quanto sia dovuto: l' altra sta nella prova sempre difficile, perchè il sapere *quid intersit* è sempre cosa di fatto, e non di gius *l.* 24. *ff. de regulis juris*. Laonde perchè il debito nella stipulazione non sia incerto, e per esimersi dalla difficile prova dell' *id quod interest*, è ottima cautela nelle stipulazioni che riguardano dei fatti, l' aggiungere una multa in denaro da pagarsi dal mancatore: aggiunta poi ancora questa pena, resta sempre il diritto all' attore di esigere o la multa, o *il quid interest*.

Ci dice Giustiniano nella *l. unica Cod. de sentent. quae profer. pro eo quod interest*, che erano gravi i dubbj fra gli antichi su questa materia; dubbj che esso ha risoluti in detta legge, e sono: se nell'*id quod interest* debba aversi un pari riguardo al danno, ed al lucro: se nell'*id quod interest* si debba stimare senza eccezione tutto ciò, che aver dovea l' attore, e non ebbe: come si debba tassare l'*id quod interest*. Su questo modo di tassarlo Giustiniano distinse: o si tratta di casi certi, o d' incerti: nei primi la tassa, o stima non deve eccedere il doppio valor reale della cosa; nei secondi si stima

tutto il lucro cessante, ed il danno emergente, ad arbitrio del Giudice, *ne res extendatur ad infinitum*. Casi certi sono quelli, che portano una certa quantità, oppure hanno natura certa. Di certa quantità diconsi quelli, che comprendono una positiva somma: per esempio: entro il tal giorno mi darai cento scudi. Hanno natura certa quelli, che comprendono una cosa speciale, facilmente perciò stimabile: per esempio: mi consegnerai il tuo cavallo. Nella prima ipotesi, l'*id quod interest* è 200. scudi; nella seconda, il doppio valor reale del cavallo. Casi incerti sono quelli, che hanno quantità incerta, come sono le obbligazioni di fare, e quelle che risultano dall'azione *Mandati, Tutelae, Negotiorum gestorum &c.* In criminale sono casi incerti quelli della legge *Aquilia*, l'interdetto *unde vi*, o l'azione *de spolio*. Volle pure Giustiniano, rapporto al secondo degli accennati dubbj, che si debba stimare il danno, che positivamente emerge dalla cosa, ed il lucro che realmente manca, ossia che si stimi ciò, che è nella cosa, e non quello che è fuori della medesima. Nella compra e vendita il Codice nostro lib. 2.°, modificando il gius Romano, fissa che il venditore, non consegnando per suo fatto, colpa, o dolo la cosa dedotta in contratto, sia tenuto oltre il danno, le spese, e gl' interessi, anche ad un dieci per cento sul valore della cosa stessa, compresavi però la caparra. Finalmente, rispetto all'altro dubbio, decise che si avesse un pari riguardo al danno, ed al lucro.

La sentenza non assume un nome particolare finchè non sieno scorsi i termini, entro i quali può aver luogo l' appellazione, come vedremo; ma vien detta *regiudicata*, ove sieno essi scorsi, oppure ove sia per natura inappellabile. In questi due casi essa è legge fra le parti, fa nascere l' azione *rei judicatae*, ed altro non resta che il mandarla ad esecuzione.

Può esser nulla una Sentenza 1.° in causa di chi giudicò, 2.° dei litiganti, 3.° del luogo, tempo, modo in cui fu proferita, 4.° del processo, 5.° dell'iniquità della sentenza. Per la prima avvi nullità, quando chi giudicò o era soggetto ad eccezioni tali per cui non poteva giudicare, o non aveva giurisdizione, o non era competente; per la seconda, se fu proferita contro un pupillo, nn minore, od altri che stettero in giudizio senza chi li autorizzasse; quanto alla terza, se non è data nel luogo in cui suolsi giudicare, o nel giorno e nell' ora stabilita nella citazione a sentenza, o fu proferita trascurando le forme dalle leggi volute; così è nulla se in grado di Appello si decise sul merito, prima di occuparsi della nullità del Decreto se anche per questo capo si ebbe ricorso *Decis. del Sup. Cons.* 13 *Maggio* 1820. *Cattani con Cattani*; rispetto alla quarta, se si giudicò sopra un processo nullo; finalmente riguardo all' ultima se la sentenza è contraria alla legge, o contenga manifesto errore. Si rende poi nulla una sentenza o col mezzo della Dizione di nullità, dell'Appello, della Revisione, o della Restituzione in intiero. Si osservi all' opportunità *Vant. de nullit. senten.*

Chiuda questo titolo la soluzione di alcuni dubbj: Si chiese se la sentenza di un Magistrato che eccedette i limiti di sua giurisdizione sia nulla in tutto od in parte. Bartolo nel comento della legge *fin. ff. de Jurisdic.* dice essere totalmente nulla, altri dicono il contrario; ma pare potersi sostenere che se il libello contiene più capi, alcuno de'quali ecceda la giurisdizione del Giudice, abbiano a reggere quelli, pei quali aveva giurisdizione, perchè quanti sono i capi del libello tante si ritengono essere le sentenze; ma se all' incontro è un solo il capo del libello, come se si chiedessero lire 12,000 nanti il Giusdicente di Modena, e

desse questi sentenza, secondo alcuni sarebbe valida solo per lire 6,000, appoggiati all' assioma *utile per inutile non vitiatur*, ed al principio che la somma minore è compresa dalla maggiore, e traendo anche partito dalla stabilita dottrina, che la donazione non insinuata si sostiene in quella quantità, per la quale non è necessaria l' insinuazione. Pare però doversi ritenere in tutto nulla la sentenza, perchè altrimenti si potrebbe far frode alla legge, che i limiti assegna alla rispettiva Giurisdizione dei Tribunali. Si chiese ancora se fosse valida una sentenza data di notte: il Menochio *de arbitr. judic. quaest.* 62. sta per l'affirmativa; ma altri ritengono a ciò ostare ed il gius Canonico ed il civile, quello al *Cap.* 24. *de offic. deleg.*, questo alla *nov.* 82. *cap.* 3. Se però le *ll.* 1. 2. 3. *ff. de jurisdic.* permettono il dare sentenza nei giorni feriati quando vi ha pericolo in mora, quando il Giudice non lo potè nel giorno fissato, od era per perire la cosa litigiosa, o per spirare in lui la facoltà di giudicare, sembra potersi con fondamento ritenere permesso il dare sentenza in tempo di notte.

Si dubitò circa il sostenersi d'una sentenza, che poggiava sopra prove che poscia si dimostrarono non aventi forza alcuna, come, a cagion di esempio, su corrotti e falsarj testimonj: ma certo è sostenersi a stretto rigore, e solo può farsi rivocare mediante una restituzione in intero *l. divus Adrianus* 33. *ff. de sent. et rejudic.*

Per lo scoprimento di un Rogito, che dimostrasse ingiusta una sentenza, secondo la *l.* 4. *Cod. de sentent. & rejudic.* = *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari exemplo grave est* = non potrebbe essa regolarmente rimanerne lesa, purchè il nuovo documento non mostrasse, che prima eravi una con-

traria regiudicata: *l. latam Cod. quand. prob. non est necess.* o da chi ha in suo favore il nuovo documento non si provasse impossibilità di produrlo prima: *Jason in l. 11. ff. de except. rei judic.*; ed è perciò che i Pratici riconoscono ottima la cautela di riservarsi la facoltà di produrre quel documento, che si crede esistere, ma che all' uopo non si rinvenne. Corre una limitazione anche pel caso in cui la sentenza si appoggiasse ad un giuramento, che il nuovo rogito dimostra falso; come pure in quello, in cui dolosamente l'avversario operò sì che la parte non potesse produrne il recapito: *l. 29. §. 5. ff. mandat.*, o si trattasse di una sentenza interlocutoria. Neppure l'invenzione di un Testamento potrebbe torre la propria forza a una sentenza, siccome ritengono Donello, Zasio, Unnio, contro il parere di Baldo, e Duareno. Vegganst *Aunold. tract. 5. cap. 1. Fachin. controv. for. 52. lib. 1.*

TITOLO II.

DELL' APPELLAZIONE.

Fra le varie definizioni, che gli Autori hanno dato dell' Appellazione, la più comune, come ne attesta Rebuffo *de appellat.*, e la più abbracciata è quella dello Scaccia *de judiciis* = *Ab inferiore ad superiorem Judicem provocatio* = La *Leg. 4. Cod. de Appellat. &c.* presenta una divisione dell' appellazione in *Giudiziale*, e *Stragiudiziale*, secondo che essa un atto di contenziosa, o di volontaria giurisdizione risguarda: *Leg. hi qui Cod. eod.*: altri la dividono ancora in *ragionevole*, e *frustratoria*.

Chi possa appellare, in quali cause, in qual modo, entro qual termine, con qual' ordine, e quali sieno gli effetti dell' appellazione, sono i punti, che brevemente toccheremo in questa materia.

Può appellare non solo chi fu direttamente gravato e leso da iniqua, o nulla sentenza, ma quegli ancora, cui interessa non fosse dato un decreto, che è per riuscirgli dannoso: *L.* 30. *Cod. l.* 4. *ff. eod*. Il Venditore perciò tenuto all' evizione, a buon diritto, appella da quella sentenza con cui fu condannato il Compratore a dimettere il fondo, mentre questi ha poi regresso contro il Venditore *d. l.* 4.; e così se il Venditore è condannato, non può negàrsi il gius d' appellare al Compratore; lo stesso si dica del fidejussore, del coerede, del legatario, e simili *L. velut*. 5. *Cod. eod*., a di cui danno tornar potendo una sentenza data contro il principal debitore, possono tutti da quella appellare. L' Attore destinato dal Tutore, il Tutore, il Curatore non solo possono, ma devono appellare pei rispettivi Pupilli, Minori, ed Amministrati, a meno che non si trattasse di frustratoria appellazione: *Leg.* 11. *Cod. de administrat. Tut.* Così il Procuratore avente mandato generale *ad lites, & causas*, ha diritto di appellare. Pel condannato all' ultimo supplizio può appellare qualunque del Popolo, sebbene non v' abbia interesse particolare, e lo può anche nel caso in cui il condannato, affrettando coi voti il momento della morte, ricusasse tentare nell' appellazione *lo scampo*: *L.* 29. *Cod. eod.* La Madre nelle cause de' figli può appellare, benchè dapprima non possa assumerne la difesa: *Leg.* 1. §. 1. *ff. de appellat. recip.* La Legislazion Romana negava al contumace il benefizio dell' appellazione: *L.* 1. *Cod. quor. appellat. non recip.*; ma il gius Estense ha abrogata questa Legge, e presso noi, come vedremo, anche i contumaci possono appellare. Per appellare poi non è necessario sia stato all' appellante intimato il decreto contrario: *Decis. del Sup. Cons.* 9 *Aprile* 1825. *Spaletti con Galantini.*

L' appellazione ha luogo per gius civile in tutte le Sentenze definitive, od aventi forza di definitive, benchè interlocutorie: *L. 2. ff. de recip. appellat. L. 16. ff. de judiciis, L. 36. Cod. de appellat.*: per gius Canonico si può appellare indistintamente da tutti i decreti, anche incidentali: per gius Patrio si appella anche dagl' interlocutorii ad ambidue gli effetti devolutivo, e sospensivo, quando hanno forza di sentenze definitive, o quando portano gravame irreparabile: *L. 29 Maggio* 1819, *decis. del Sup. Cons.* 9 *Luglio* 1822. *Benizzi con Gabbi.* Che se il gravame potesse ripararsi colla sentenza in merito, non sarebbe ammesso l' appello: *decis. del Sup. Cons.* 1 *Febbraro* 1817. *Sandonini con Corridori.* A ben comprendere quale sia gravame irreparabile serva il presente esempio. Tizio reo convenuto oppone l' incompetenza del Giudice; nasce l' emergente, e il Giudice si dichiara competente. Tizio in questo caso ha danno irreparabile dalla sentenza definitiva.

L' effetto devolutivo consiste nel portar la causa dal Giudice inferiore alla cognizione e decisione del Tribunale Superiore: il sospensivo, oltre a ciò, sta nel proibire che fa il Tribunal Superiore al Giudice inferiore di far eseguire la data sentenza, e d' ingerirsi più oltre in ciò che riguarda la medesima, onde, ammesso l' appello al solo effetto devolutivo, può il Giudice *a quo* mandare ad esecuzione il proprio decreto; ma non così se è accolta l' appellazione ad ambi gli effetti.

Si appella pure dai decreti di quel Giudice o Tribunale, che non ammettono l' atto dell' appellazione, oppure che lo ammettono al solo effetto devolutivo, e non sospensivo; e se il Giudice *a quo* ricusa accettare l' atto di appello, il reo può anche ricorrere al Giudice superiore: *L. quod si Cod. de appel.* Si appella dalle Sentenze che as-

solvono il reo dall'osservanza del giudizio, da quelle che lasciano luogo a nuove prove, e portano perciò la clausola *ex hactenus deductis*, ovvero, *stanti le cose come stanno;* ma nelle cause in cui sorte sentenza con questa clausola, può l'attore impinguare con nuova prova il processo, anche senza appellare al Tribunal superiore: *dec. del Sup. Cons.* 29 *Luglio* 1826. *Gozzi con Costagiani*. Generalmente insomma è sempre permesso l'appello, tranne i pochi casi dalla Legge eccettuati. Non si appella perciò dai decreti del Supremo Consiglio di Giustizia, come altrove si disse: negasi pure l'appellazione dalle Leggi Estensi in via ordinaria 1.° Dalle sentenze dei Giusdicenti, o Vicegerenti nelle cause la cui entità non eccede Lir. 60 di Modena: *L.* 28 *Agosto* 1814.; 2.° Da quelle che riguardano piantamenti d'alberi in confine, come vedremo nella Sezione seconda: veggasi la *Leg.* 13 *Maggio* 1790, che si riferisce al §. 11. dell'altra *Leg.* 16 *Marzo* 1789, e la *decis. del Sup. Cons.* 14 *Luglio* 1821. *Beltrami con Tirelli*; 3.° Dal lodo dei compromissarj: *l. diem* §. *stari ff. de receptis. Cod. Pat. lib.* 1.° *tit.* 13.; 4.° Dai decreti nelle cause di denunzie di nuovo lavoro in confine: contro queste due però ha luogo la revisione; 5.° Dai decreti sopra controversie nate nelle fiere, o nei mercati, quando non eccedano l'ammontare di Lir. 100 di Modena; e qualora sorpassino tale somma, si accorda all'effetto devolutivo, e non al sospensivo, data però dal vincitore la cauzione di restituire in caso di soccombenza in seconda, od ulterior istanza; 6.° Nelle cause di semplice sommariissimo possessorio si accorda al solo effetto devolutivo; 7.° In egual modo nelle cause di redibitoria; 8.° Così nelle cause di alimenti futuri, o di preteriti ancora, purchè questi non eccedano Lir. 500 di Modena. *Decis. Sup. Cons.* 13 *Gennaro* 1824. *Gobbi*

con Gobbi e Benizzi; 9.° Dai decreti di mera esecuzione: *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 27. §. 8. *l. ab executore ff. quor. appell. non recipiat*. Solo quando si pretendesse eccedente la esecuzione si potrebbe ricorrere nanti il Giudice che ha commessa la esecuzione, e questi senza formalità di Giudizio, sommariamente, ed inappellabilmente ogni contestazione deciderebbe; 10.° Non è permesso neppure appellare dai decreti del Sovrano, perchè non riconosce superiore: *L.* 1. *ff. a quibus appell. non licet*; 11.° In quelle cause in cui dal Sovrano fosse stata inibita l' appellazione; 12.° In tutti i casi, ne' quali le parti avessero espressamente rinunziato all' appello: *l. fin.* §. *fin. Cod. de tempor. appell. l. siquis Cod. de appell.*; 13.° Nei sindacati, come vedremo; 14.° In tutti i casi in cui la parte soccombente siasi acquietata alla sentenza, e col fatto l' abbia in parte eseguita: *l. ad solutionem Cod. de rejudic. l. ab eo Cod. quomodo.*

L' atto dell' appellazione presso noi è ammesso soltanto in iscritto, e non in altra forma. Una volta per pratica comune poteva appellarsi dalle sentenze definitive semplicemente a voce, riservandosi poi di reiterare l' atto in iscritto: quindi nascevano quistioni, per sapere se il tempo a proseguire l'appello correr dovesse dall' appellazione fatta a voce, oppure da quella, che si presentava in iscritto: se si potesse appellare in voce soltanto *in continenti*, oppure anche *ex intervallo*, ed altre, che non possono aver più luogo, stante la suddetta disposizione del Codice nostro *al lib.* 1.° *tit.* 27. *Pellegrin. prax Vicar. part.* 3. *sez.* 1. *N.*° 89.

Non era necessario una volta fra noi di unire all' atto dell' appellazione i motivi su cui questa era basata; ora però per la disposizione della *Leg.* 28 *Maggio* 1819 deve necessariamente l' atto

d'appello spiegare i motivi dell' appellazione medesima (locchè pure in moltissime altre curie si esige) tanto se si tratta d' appello interposto da sentenza definitiva, quanto se da interlocutoria. Vario è il modo di procedere in questi due casi: in ambidue però basta, che l' atto dell' appello sia presentato al Notaro della causa: *l. cum quidam* 4. *ff. h. t.*

·Se si tratta di decreto interlocutorio d' un Giusdicente, può la parte soccombente, o riservarsi espressamente, entro il termine dalla Legge assegnato per appellare dagli interlocutorii, il diritto di appellare dopo la sentenza in merito (nel qual caso deve unire all' appello dalla sentenza in merito i motivi ancora di gravame per l' interlocutorio), oppure può effettivamente appellare. In questo caso è necessario 1.° Che l' atto d' appello segua entro dieci giorni continui decorrendi da quello in cui fu intimato l' interlocutorio alla parte, o al suo procuratore, se la causa è ordinaria, ed entro cinque, se è sommaria: §. 38. *e seq. L.* 28 *Maggio* 1819; 2.° Che esprima i titoli di gravame; 3.° Che indichi gli atti di prima istanza, di cui vuole far uso in appello; 4.° Che esprima in caso le ragioni, per cui chiede anche la sospensione degli atti, la quale si ottiene quando dall' esecuzione dell' interlocutorio ne venga un danno irreparabile; 5.° Che chieda copia dell' appellazione motivata come sopra, da riprodursi poscia davanti il Giudice *ad quem,* ossia davanti il Giudice d' appello; 6.° Che anticipi all' Attuario le spese per la copia del Processo, che devesi unire a quella dell' atto d' appellazione. Le mentovate copie si presentano al Tribunale d' appello unitamente alla prova del fatto deposito pel Regio Erario, entro quel termine, che dal Giudice *a quo* viene fissato. Se non si esibiscono le copie degli atti, come

sopra, e se l' atto d' appello non è motivato, si rigetta anche d' uffizio l' appellazione. Così pure rigettasi nel caso, che si abbia danno bensì, ma riparabile nella sentenza in merito da proferirsi dal Giudice *a. quo*. L' atto di appellazione s' intima all' avversario col termine di tre giorni a rispondere, o nominare quel causidico, che lo assisterà in appello. La riprodotta dell' appello s' intima al causidico, se fu nominato, altrimenti all' appellato stesso con requisitoria al Giudice di prima istanza. Il Giudice *ad quem*, esaminato l' atto d' appello, o accorda, o niega la sospensione dell' esecuzione, ossiano le inibitoriali, secondo che trova di ragione. Come in questo giudizio non ha luogo l' assegnazione di alcun termine in causa, la parte più sollecita chiede fissarsi tosto il giorno, in cui nanti il Giudice relatore si possa dalle parti concretare i fatti riguardanti la quistione, e fissare il dubbio da risolversi; locchè si chiama concretazione di fatto e dubbio; dopo il qual' atto, che deve firmarsi dalle parti, e dal Giudice relatore, stabilisce questi il termine in cui l' appellante deve depositare le spese della Sentenza, sotto pena della deserzione del giudizio d' appello. Eseguito tale deposito si chiede fissarsi il giorno per l' arringa, o contraddittorio nanti il Tribunale, che sentite le deduzioni d' ambe le parti, decide anche nella stessa udienza. Se il primo decreto interlocutorio porta la condanna dell' appellante nelle spese, e se il decreto d' appello conferma il primo, l' appellante può esser condannato in via di multa a doppia tassa della sentenza; nel qual caso il procuratore di esso appellante non ha diritto ad alcun emolumento. Vedi la citata *l.* 28 *Maggio* 1819 §. 46. *e seguenti.*

L' appello poi dall' interlocutorio di un Giudice relatore presso il tribunale deve farsi entro cin-

que giorni dall' intimazione dell'interlocutorio stesso, giustificato prima il deposito della somma dovuta al Regio Erario per la vertenza in appello: a piedi di questa appellazione, il relatore decreta, che le parti compariranno in certo giorno nanti il Tribunale, ed in questo stesso giorno, sentite le parti in contraddittorio, o l' attore solo, quando fosse contumace l' appellato, si decide il punto in grado d' appello. Che se l' appellante stesso non comparisse senza aver ottenuta proroga dal Relatore, sarebbe dichiarata deserta l' appellazione. Veggasi la Notificazione 28 *Maggio* 1819. *Appendice* 2.ª L' interlocutorio può intimarsi tanto alla parte, quanto al suo Procuratore, *L. sudd.* §. 38: ma questi può ottenere dal Giudice, che restino sospesi i termini ad appellare, finchè il decreto sia intimato al suo cliente: *decis. del Sup. Cons.* 24 *Marzo* 1821. *Pavia con Rubbiani.*

Se finalmente si tratta di sentenza definitiva è d'uopo riflettere, che per gius comune si poteva appellare da una sentenza per capo d' ingiustizia, o indipendentemente dall' appello, si poteva attaccarla di nullità per mancanza delle prescritte forme. Ora per gius nostro, o si reclami da sentenza definitiva, oppure da interlocutoria avente forza di definitiva, sempre deve farsi in via di appellazione, tanto se il reclamo è per capo d' ingiustizia, che per titolo di nullità; e ciò quando si tratta di sentenza di prima istanza. Se poi si tratta di sentenza d' appello deve aversi ricorso in Revisione nanti il Supremo Consiglio: *L. sud. art.* 55. 56. Ciò posto: se si ricorre in appello, o revisione per ambidue i titoli, devono esporsi i motivi concernenti l' uno, e l' altro nell' atto dell' appellazione, o della revisione: se si ricorre per un titolo solo, o per ambidue, ma non motivando che per un solo, s' intende rinunziato all' altro, o non allegato, o non motivato.

Il Tribunale d' appello conosce prima sull' affacciata nullità: se questa regge, o se, esistendo, riguarda la sola appellata sentenza, oppure atti precedenti nulli, ma sanati in grado d' appello, giudica nel merito; diversamente, dichiarati nulli gli atti, assegna alle parti un congruo termine a sanare gli atti medesimi, riservandosi di decidere poscia sul merito. Esso non rimette mai le parti al Giudice *a quo*, se non quando tutto fosse nullo il Processo, e dovesse incoarsi di nuovo il Giudizio con nuovo libello, e citazione: *L. sud. art.* 57. Deve l' appellante all' atto dell' appellazione fatta in primo giudizio, e da riprodursi in copia nanti il Tribunale d'appello nel termine assegnatogli dal Giudice *a quo*, unire anche la copia dell' appellata sentenza; resta pure a suo carico la prodotta della copia degli atti tutti di prima istanza da farsi pendenti i termini in causa, onde su di quelli possa farsi la concretazione del fatto e dubbio. Scorsi i termini in causa, ed essendo l' appellante contumace all' esibizione di tal copia d' atti nel termine che gli viene assegnato dal Relatore (che per lo più è di dieci giorni) va deserta l'appellazione, e vanno rimesse le parti al Giudice *a quo* per l' esecuzione del suo decreto: *L. sud. art.* 66. Praticamente suolsi assegnare un perentorio secondo termine di giorni cinque. Seguito il fatto e dubbio, deve l'appellante sotto la stessa comminatoria di deserzione d' appello e remissione di parti, fare il deposito entro il termine che il Giudice relatore gli assegna in calce al fatto e dubbio, e che per lo più è di dieci giorni, per la tassa competente al Regio Erario. Scorso questo termine, se il Causidico dell'attore non effettua il deposito di simile tassa, può il reo convenuto chiedere che si assegni il termine perentorio di cinque giorni personalmente all' attore ad eseguirlo, e scorsi pur que-

sti infruttuosamente, può dimandare la diserzione della causa, e la remission delle parti al Giudice *a quo* per l'esecuzione della sua sentenza. Tale deserzione d'appello, tanto per non presentata copia d'atti, quanto per tassa non depositata in tempo, si decreta dal Relatore, salvo l'appello all'intero Tribunale. Se il Giudice *ad quem* conferma l'appellata sentenza definitiva, e se il soccombente fu condannato in prima istanza nelle spese, lo è anche in un quarto di più dell'importo della tassa al Regio Erario, a titolo di multa: *Leg. sud. art.* 68. *l.* 6. §. 4. *Cod. hoc tit.*

Il Giudice Relatore del Tribunale, veduta la riprodotta dell'appello colla copia dell'appellata sentenza, decreta se sia o no ammissibile tale appellazione, ed in caso affermativo, se lo sia all'effetto devolutivo, oppure anche al sospensivo, e quindi accorda o nega la inibitoriale. Contro tal decreto si ha ricorso all'intero Tribunale.

Rispetto al termine, entro cui deve appellarsi, bisogna distinguere le cause secondo la diversa loro natura. Per gius nostro, in ciò conforme al gius comune, il termine ad appellare nelle cause ordinarie è di dieci giorni continui, decorrendi da quello in cui fu intimato il decreto; e ciò ha luogo semprecchè trattisi di sentenza definitiva, od interlocutoria avente forza di definitiva, e tale che porti gravame irreparabile, dato da un giudice di prima istanza; che se si trattasse d'interlocutorio di un Giudice Relatore presso un Tribunale, l'appellazione sarebbe di soli cinque giorni come si è detto. Nelle sentenze date in contumacia in qualsiasi forma di giudizio, il termine ad appellare è pure di dieci giorni, purchè il reo rifonda all'attore tutte le spese del Giudizio.

Nelle cause esecutive, se rimase soccombente il reo il termine ad appellare è di soli cinque giorni,

se l'attore, è di dieci, decorrendi gli uni, e gli altri dà quello in cui fu intimata la sentenza: *Decis. del Sup. Cons.* 26 *Gennajo* 1819. *Coppini Ferrari con Guelfi*. Nelle cause sommarie, in quelle di seqnestro personale, e reale, questo termine è di cinque giorni. Se poi si tratta d'incidenti in cause esecutive, è di soli tre giorni: e se di cause minori, ma al di sopra di Lir. 60 Modonesi, è di soli due giorni. Scorsi questi termini rispettivi, senza che siasi data appellazione, la sentenza regolarmente passa in cosa giudicata, e si manda ad esecuzione. Si disse regolarmente, perchè quantunque il termine ad appellare sia continuo, e non utile, pure se fosse per la maggior parte assorbito da ferie, potrebbe appellarsi anche dopo il suo lasso. *Decis. del Sup. Cons.* 18 *Febbraro* 1823. *Gibellini con Parozzi.*

Non è fissato dalla Legge il termine a riprodurre l'appello nanti il Giudice *ad quem*, ed a riportare in caso le inibitoriali, che diconsi ancora *Apostoli*; ma questo termine viene fissato dal Giudice *a quo* secondo le circostanze. Spirato poi che sia infruttuosamente, l'appello è deserto. Questo termine a riprodurre l'appellazione decorre dal giorno stesso in cui è stato assegnato, non già da quello in cui il reo si procurò la copia dell'appellazione. *Decis. del Sup. Cons.* 13 *Febbraro* 1823. *Pierotti con Vanugli*. Nelle cause esecutive per altro è dalla Legge fissato in giorni tre, salvo al Giudice il diritto di prorogarlo fino agli otto a suo regolato arbitrio: *Leg.* 28 *Ottobre* 1817, *e* 28 *Maggio* 1819.

Rapporto all'ordine con cui deve appellarsi, è massima di diritto che l'appellazione deve farsi ordinariamente dal Giudice inferiore all'immediatamente superiore, e non, come dicono i Pratici, per salto: *L.* 1. *ff. si quis. l. Imperatores ff. de ap-*

pellat. Si vide al Titolo 1.° di questa Sezione qual' ordine debba tenersi nelle appellazioni.

Molti sono gli effetti dell' appellazione. Vediamone i principali. 1.° Regolarmente sospende l' esecuzione del primo decreto, locchè dicesi effetto *Sospensivo*. Si disse regolarmente, perchè non si dà appello sospensivo ne' casi seguenti: Nelle cause di alimenti futuri: in quelle di alimenti preteriti, che non eccedano Modonesi Lir. 500., assicurata però la restituzione della somma, pel caso di soccombenza nel secondo, od ulteriore giudizio: nelle cause di salarj ai servitori, mercedi ad operaj, e simili: di contratti fatti in fiere, e mercati, di redibitoria, di sommariissimo possessorio, di denunzie di nuovo lavoro in confine: nelle cause esecutive, nelle quali neppure si ammette l' appello, quando attualmente non si depositi dall'appellante la somma, e le spese del giudizio, in cui fu condannato, salvo quanto vedremo al titolo relativo. In secondo luogo l' appellazione fa devolvere la cognizion della causa dal Giudice inferiore al Tribunale Superiore, locchè dicesi effetto *devolutivo*. In terzo luogo, pendente l' appellazione, tutto resta in sospeso, nè si può innovare cosa alcuna, essendo, come dicono i Pratici, legate le mani al Giudice *a quo*. Vi hanno però dei casi in cui cessa tale effetto, e sono: qualora si tratti di decreti di mera esecuzione, dai quali non si ammette appello, ma lo stesso Giudice *a quo* determina in caso se l' esecuzione sia, o no regolare: *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 17. §§. 7. 8: così quando vi è pericolo di dilapidazione dei frutti, o della cosa che l' appellante fu condannato a prestare; nel qual caso, dietro giustificata domanda del vincitore, il Giudice ne ordina il sequestro giudiziale: quando il Giudice costringe l' appellante a proseguire l' appellazione. Veggasi il *Pellegrin. Prax. vicar. Part.* 3. *Sez.* 3.

I termini per attitare le cause in grado d' appello sono la metà di quelli, entro cui si trattano rispettivamente le diverse cause in prima istanza, mentre queste in appello ritengono la loro prima natura. Nelle cause incidentali però in grado d'appello non ha luogo alcuna assegnazione di termine in causa. Nelle cause d' appello è nella Curia nostra permesso d' impinguare il processo con prove ulteriori, purchè però queste non riguardino oggetti stranieri a quello che fu deciso in prima istanza, il che si pratica ancora in moltissime altre Curie. Talora l' appello di uno giova agli altri ancora, che non hanno appellato; è ciò succede quando tutti sieno stati condannati per una sola causa, qualora identica sia la condanna e difesa, ed una sola pur sia la sentenza: *L. quod est §. fin. ff. de appellat. l. si judicii* 1. *Cod. si unus ex pluribus. L. si in unum Cod. eod.* Così un rescritto generale del Principe in una causa a più persone comune, benchè ad un solo diretto, a tutti giova: *L.* 1. *si libellum Cod. de div. rescrip.*

In molti casi va deserta l'appellazione: 1.° Quando il vinto lasciò scorrere i termini rispettivi assegnati dalla legge ad appellare, a norma della diversa natura delle cause, come si vide: 2.° Se lasciò passare inutilmente il termine assegnatogli dal Giudice *a quo* per riportare le inibitoriali dal Giudice *ad quem:* 3.° Quando infruttuosamente lasciò scorrere in grado d' appello i termini, e non produsse la copia degli atti di prima istanza, come si accennò: 4.° Qualora, rigettata dal Giudice *a quo* l' appellazione, prese il reo il termine in confesso a pagare, o fare altro atto distruggente l' appellazione. In tutti i casi in cui va deserta l' appellazione si chiede dall' appellato al Giudice *ad quem* la remission delle parti al Giudice *a quo* per l' esecuzione del suo decreto, la quale sempre come si vide è di suo diritto.

TITOLO III.

DELLA REVISIONE.

Se qualcuno resta soccombente nel primo, o secondo giudizio, può ricorrere in terza, ed ultima istanza al Supremo Consiglio di Giustizia, onde rivegga la sentenza contro cui reclama. Tale *Revisione* può ottenersi o in via ordinaria, o in via straordinaria, o finalmente per Grazia Sovrana.

In via ordinaria si può ricorrere per revisione ne' seguenti casi:

1.° Contro le Sentenze dei Tribunali di Giustizia tanto confermatorj, che revocatorj, i decreti dei Conciliatori, Vicegerenti, Giusdicenti, Relatori presso Tribunali:

2.° Nei casi in cui non è ammessa l'appellazione: e perciò contro il lodo o sentenza arbitramentale, pel quale solo è permesso il ricorso in revisione dentro trenta giorni computabili da quello, in cui fu intimato nelle legali forme; contro le sentenze date in prima istanza nelle cause d'interpellazione d'un confinante per nuovo lavoro; contro le sentenze date nelle cause instaurate in via sommaria, in cui hanno parte Vedove, Pupilli, Poveri; contro le sentenze proferite da un Giudice, a certe cause dal Sovrano specialmente delegato.

3.° Contro le Sentenze dei Tribunali di prima istanza, e quelle dei Tribunali d'appello, ma solo però in quei casi, e per quei capi, in cui sieno le due sentenze difformi fra loro, giacchè se le sentenze di due Tribunali collegiati, uno di prima, e l'altro di seconda istanza, sono pienamente conformi, costituiscono regolarmente una regiudicata, nè ammettono revisione: veggasi il Titolo 5. della parte 1.

E quì deve avvertirsi, che se il Tribunale d'appello dichiara deserta l'appellazione,

già interposta dalla sentenza del Tribunale di Giustizia in prima istanza, non si considerano queste due sentenze conformi, benchè ambedue conducano allo stesso oggetto, perchè in appello non si è conosciuto del merito, ma solo si è giudicato in ordine; inoltre che si considerano conformi le sentenze di due Tribunali, le quali non hanno fra loro altra diversità, fuori di quella di condannare una delle parti nelle spese, e l'altra di assolver le parti dalle medesime; che se la sentenza d'un Giusdicente in prima istanza è confermata pienamente in appello, può bensì, come si vide, essere riveduta dal Consiglio, ma però non se ne sospende l'esecuzione, se non quando portasse gravame irreparabile a chi ricorre per revisione contro tali due conformi; per esempio: disputasi se i mobili oppignorati per un debito di Tizio sieno o no di Sempronio che ne reclama la proprietà, e si fa opponente alla subasta; il Giusdicente rigetta quest'opposizione, ed ordina la vendita dei controversi mobili: Sempronio appella, ma il Tribunale di appello conferma la prima sentenza: in tal caso il soccombente ricorre alla revisione contro queste due conformi, e chiede a buon diritto, che ne sia sospesa l'esecuzione, mentre questa gli recherebbe danno irreparabile spogliandolo di mobili, di cui reclama la proprietà, la quale non riacquisterebbe in ispecie, quand'anche potesse farne costare in revisione, e fosse dal Supremo Consiglio accolta la sua dimanda. Perciò quando si porta in revisione una causa, e s'implora la sospensione dell'esecuzione dei primi giudicati, il Consigliere relatore presso il Supremo Consiglio, veduta la dimanda del ricorrente, e gli atti relativi, concede, o nega le lettere inibitoriali, secondo che ciò trova di ragione. Avvertasi ulteriormente che se la sentenza d'appello con-

danna in meno di quella dal Giudice *a quo*, non si dà revisione: *decis.* 25 *Gennajo* 1825. *Marverti con Bevilacqua.*

In via straordinaria poi si chiede revisione nelle cause l' importar delle quali non eccede 250 Lire di Modena, quando previamente il Supremo Consiglio conosca, e decida di dover tal revisione accordare.

Per Grazia Sovrana finalmente quando, dopo due sentenze pienamente conformi di due Tribunali collegiati, si ottiene dal Principe di poter far rivedere la causa dal Supremo Consiglio per qualche circostanza di fatto, o di gius.

Il termine ad implorare la revisione è di 15giorni computabili da quello in cui fu legalmente intimata la sentenza d' appello.

La revisione s' interpone mediante libello o comparsa, e relativa dichiarazione da farsi dall' attore presso la Cancelleria del Supremo Consiglio di Giustizia, con cui si chiede revisione dalla sentenza che si produce, e si chiede citarsi il reo convenuto a comparire davanti al Consiglio per la prima ora di udienza dopo la eseguita citazione: chiedesi pure le inibitoriali, ove credasi aver diritto di ottenerle. Debbesi sempre indicare i motivi del suo ricorso, sia che riguardi la nullità, sia che riguardi la sola ingiustizia delle sentenze contro cui reclama, ritenuto che se ricorre per la sola ingiustizia, si ritiene rinunziato alla nullità. Detta Cancelleria spedisce le opportune citazioni alla casa, o al domicilio del reo convenuto, o legittimo suo interveniente, od anche in persona con citazione verbale, della di cui esecuzione però dee costare in atti.

Il libello per revisione debbe avere le qualità già da noi osservate necessarie per quello di prima istanza: però sostengono le veci di questo libello i memoriali, e le suppliche umiliate al Sovrano, e

da Esso rimesse al Supremo Consiglio, qualora esprimano i fatti, e l' azione che si vuole intentare. La lite in revisione si ha per contestata quando il reo, legittimamente citato a comparire alla prima ora d' udienza dopo l' intimazione della citazione, non comparisce.

Nelle cause sommarie, o esecutive, in quelle di semplice articolo di gius, e nelle altre di fatto tale, che sia di facile prova, fissa il Consiglio ad arbitrio un unico termine in causa: questo suol essere di 15, o al più di 20 giorni. Nelle cause di entità, le quali corrono la via ordinaria, si procede per tre dilazioni, e ciascuna *ipso jure* è di 20 giorni, a meno che, giusta l' importanza della causa, il Consiglio non le prolunghi, o viceversa non le abbrevj, o non dichiari sospeso il corso dei termini, a norma delle circostanze. Nella prima dilazione dee l' attore compiere le sue prove, e le altre due sono comuni ad ambe le parti, per le rispettive loro incombenze. Scorsa l' unica, o rispettivamente le tre dilazioni, deggiono le parti nella successiva udienza far istanza perchè sia posta la causa in *albo*, cioè nella tabella delle cause da spedirsi, locchè non facendo s' intende *ipso jure* posta in *albo* dieci giorni dopo il lasso di dette dilazioni, a meno che non segua transazione o recesso dalla lite, di cui debbe avvertirsi il Consiglio. Posta la causa in *albo*, dee, come in appello, l' attore produr la copia degli atti de' giudizj antecedenti, e di revisione per poter su quelli concordare, in sessione davanti il Consigliere di bimestre, i fatti concernenti il punto in quistione, e fissare il dubbio da risolversi, e tuttociò in iscritto firmato dalle parti, e dal Consigliere accennato, affine sia rimesso agli atti perchè ne faccia parte. In calce a questa concretazione il Consigliere stesso assegna all' attore il termine, che suol essere di dieci giorni, a fare il coe-

rente deposito pel Regio Erario, senza cui anderebbe deserta la causa, e sarebbero rimesse le parti al Giudice *a quo* per l'esecuzione. Se una delle parti intende scrivere *in jure* dee farne dimanda all' atto di questa concretazione di fatto e dubbio. Debbono gli Avvocati far tenere al Consiglio l'opportuna loro allegazione in fatto ed in diritto, ed il ristretto del processo; dietro ciò si fissa il giorno del contraddittorio, ossia dell' aringa davanti il Consiglio, dopo la quale il Presidente fissa il giorno della sentenza, ed in questo debbe essere immancabilmente proferita, salvo il caso, in cui insorgessero gravi dubbj che la facessero protrarre.

Il Consiglio è tenuto a sentire il voto dell' Avvocato generale in tutte le cause interessanti l' Ordine pubblico, la Regia Camera, le Comunità, i Corpi e gli Stabilimenti pubblici, come pure nelle cause tutte ove hanno parte le persone dalla Legge tutelate, cioè Donne, Pupilli, Minori ecc.

In qualunque caso sia accordata la revisione, deve il giudizio esser compito entro sei mesi dal dì dell' admissione, altrimenti si ha per confermata la sentenza che dovea rivedersi: così dispone il Patrio Codice al lib. 1.° tit. 1.°. Praticamente però, ad istanza di quello contro cui fu chiesta la revisione, è solito il Supremo Consiglio assegnare un termine per le ulteriori incombenze, sotto pena della deserzione del giudizio di revisione.

Quando poi si tratta d'incidenti portati alla revisione, hanno in essi luogo le regole da noi vedute per l'appello, cioè: ricorso in revisione motivato in ordine alla nullità od ingiustizia dell' interlocutorio, contro cui si ricorre; prodotta della copia degli atti relativi tutti da unirsi al ricorso suddetto; giustificazione contemporanea di avere depositata la somma pel Regio Erario; il tutto sot-

to pena della rejezione del ricorso. Se sono chieste le inibitoriali, il Consigliere relatore o le accorda, o le nega, secondo che crede di ragione. Contro questo decreto si può aver ricorso all' intero Consiglio. In questi giudizj non si fissa termine in causa, ma intimato il ricorso al reo, ha luogo la posizione della causa *in albo*, si concreta il fatto e dubbio, si fa l'aringa, indi si decide.

Se il ricorso è motivato per la sola nullità d' atti, non si sospende l' esecuzione della sentenza contro cui si reclama. Il Consiglio, come Tribunale Supremo, può confermare immediatamente se giusta, o rivocare se ingiusta, l'impugnata sentenza, senza farsi carico della nullità affacciata, e ciò quando il ricorso porti ambidue i titoli, ed i motivi di nullità, ed ingiustizia. Bensì dee conoscere della nullità, quando questa forma il solo titolo del ricorso, per trattarsi di due conformi, o di sentenza in prima istanza passata in regiudicata pel lasso dei termini ad appellare. Che se anche in questo caso gli consta della giustizia dell'impugnata sentenza, la conferma senza più decidere sulla opposta nullità. Veggansi il *Patrio Codice lib.* 1. *tit.* 1. *le leggi* 25 *Febbrajo* 1780, 28 *Agosto* 1814. 20 *Ottobre* 1817, 28 *Maggio* 1819.

TITOLO IV.

DELLA RESTITUZIONE IN INTERO.

Il Giudizio di Restituzione in intero si vede frequente nel foro, perchè, sebbene si debba osservare con tutto rigore quanto fra i Cittadini è avvenuto, nullameno, siccome da questa severa e stretta osservanza possono derivare pregiudizii gravissimi ai medesimi, furono le leggi, seguendo le norme dell' equità, facili ad accordare contro quel-

li un rimedio, ove però concorrano certi determinati estremi. Tale rimedio è appunto la restituzione in intero, la quale, come contraria allo stretto diritto, viene appellata rimedio straordinario: *l. in causae* 16. *ff. de min.*; e si definisce da Oddi *de in integ. rest.* = *in pristinum statum repositio* = ossia rimessa di uno in quel luogo, in cui era prima che fosse leso, e giusta la *Leg.* 2. *Cod. in quibus causs. rest.* = *integratio amissae causae.* =

Questa altra è di *grazia*, altra di *giustizia*: la prima viene accordata dal Sovrano per sola sua clemenza, e la seconda è quella che dipende da legittima causa fondata sul diritto. Conviene ben distinguere l' una dall' altra pel motivo, che la prima non ammette appello, all' opposto della seconda, la quale cesserebbe, ove si mostrasse ingiusta la causa per cui si chiese, e si ottenne.

Molte sono le cause per cui si accorda la restituzione in intero, e ciascuna esigerebbe un trattato apposito; ma saremo contenti di notare i principii necessarj per avere un'idea sufficiente di questa materia. Le cause adunque per cui si dà questo rimedio straordinario sono: 1.° l' età minorile, e per identità di ragione, il furore, la pazzia, il morbo, la decrepitezza, la qualità di Chiesa, di Luogo pio, di Repubblica, di Fisco ecc: 2.° l' essere figlio di famiglia: 3.° la miseria: 4.° l' assenza: 5.° l' ignoranza, e l' errore. 6.° il timore incusso, ed il dolo: 7.° la nullità, e l' ingiustizia di una sentenza: 8.° la lesione enorme, e più l'enormissima, ed altre cause consimili, giacchè disse il Pretore: *si qua justa mihi causa esse videbitur, in integrum restituam*: *l.* 1. *ff. in quib. caus. major &c.*

Siccome nell' età minorile il consiglio dell' animo non è circospetto, ma rilevasi mal fermo e facile a raggirarsi da frode, così la *L.* 1. *ff. de*

min. 25 *an.* accordò al Minore per gli atti suoi imprudenti il rimedio della restituzione in intiero, quantunque mezzo straordinario, perchè e può mancargli il rimedio ordinario, essendo privo di Curatore, e può talvolta essergli più pingue e proficuo simile rimedio, di quello che rivolgersi per l' indennità contro il Curatore: *gl. in l. fin. Cod. si advers. rem jud.*

Ad ottenere tal beneficio di legge provar debbe il minore, tanto se agisce, quanto se eccepisce, che il fatto per cui quello implora, fosse posto in essere mentre trovavasi in età minorile: *l. si minor* 4. *ff. de min.* 25. *an.*, la quale età si prova mediante instrumenti, testimonj, lettere, fedi battesimali, ed anche con quelle annotazioni che suole il Padre fare della nascita dei figli: *l.* 29. *ff. de prob. l.* 2. *Cod. de his qui veniam &c. Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 18. §. 7. *Oddi de rest. in integr. pars* 1. *quaest.* 37. *per tot.* Conviene inoltre provare il pregiudizio che da quel fatto gli è derivato, essendo questo il fondamento della restituzione in intero: *l. non omnia* 44. *ff. de min.* 25. *an.* Non qualunque lesione però basta, giacchè ove fosse minima, ed ove procedesse da casi fortuiti, non si accorderebbe: *l. verum* 11. §. *si locupleti* 5. *ff. eod.*

Neppure viene accordata a quel Minore che ottenne dal Principe la venia dell' età; imperciocchè la restituzione in intiero soccorrendo chi non ha fermo consiglio, e la venia concedendosi a quel Minore che è fornito abbastanza di prudenza per amministrare rettamente i proprii affari, e a chi diede prova di onesti costumi: *l. non dubium Cod. de leg.*, mancherebbe la ragione per cui accordarla, ed i contraenti rimarrebbero ingannati dall' autorità e saviezza del Principe, che volle si potesse col Minore procedere con sicurezza a' contratti, come se fosse maggiore.

Nè si accorda a coloro che per ingannare altri si asserirono maggiori, perchè le leggi soccorrono l' imbecillità, non la malizia: *l. 2. Cod. si min. se major dixerit. Cod. patr. lib. 2. tit. 4. §. 8.* Che se fossero costituiti in buona fede, quantunque dalla restituzione derivi danno al contraente, pure, siccome esiste l' imbecillità nei minori, verrebbe concessa; e in ordine al primo caso, potrebbe accordarsi sol quando anche l' altro contraente fosse in mala fede, perchè a vicenda i doli si compenserebbero: *Cod. patr. loc. cit.*

Che non possa restituirsi in intiero un Minore che professi qualche arte o scienza, quando per ignoranza, od errore in quelle rimanga pregiudicato; che non possa restituirsi contro altri privilegiati, ove il di lui privilegio sia maggiore, od essendo di eguale forza tratti esso *de lucro captando;* che non possa ottenere il suddetto rimedio, quando altra volta gli fu negato, non concorrendo nuovi motivi; o che possa contro gli effetti perniciosi di una già ottenuta restituzione usare questo rimedio straordinario, sono cose che si potranno apprendere dalle Pandette.

Fu quistione se si dovesse comprendere l' adolescenza, e la puerizia sotto il nome di età minorile: ma dietro il §. *admonendi Inst. de his quibus licet alien. &c.* ed il *Capit. in praesentia extra tit. de probat.* Oddi ritiene l' affermativa, ed a ragione, perchè tanto è minore chi non ha compito l' anno decimoquarto se uomo, decimosecondo se donna, quanto colui che per gius romano non giunse all' anno vigesimo quinto, e secondo il Codice nostro al vigesimo primo: si osservi *Rebuff. de rest. in integ. art. 2. glos. 4. n. 1.*

I successori universali dei pupilli, e dei minori generalmente godono della restituzione in intero: *l. 18. §. ult. l. 19. ff. de min. 25. an. l. 6.*

ff. de integ. rest.; i particolari non si soccorrono con quel rimedio, perchè non come i primi succedono in tutti i diritti ed oneri del defunto loro autore.

Il furore, la pazzia, vizj pei quali non possiamo rettamente ragionare pel dedur che si fa da cose percepite in aspetto contrario alla loro realtà; l' essere prodigo, e per tale dichiarato dal Giudice, sono motivi per cui si meritano riguardi dalla Legge, e questa perciò contro i danni che ai Cittadini da quei vizj infetti possono derivare, accordò la restituzione in intiero, paragonandoli ai minori: *tex. in l. 2. Cod. de Cur. fur.*; nè trascurò quelli, che per qualche vizio di corpo non possono attendere al maneggio accurato de' proprj affari, come i sordi, i muti, i ciechi, meritevoli essendo di beneficio; come gli altri da qualche prepotente morbo oppressati, o da vecchiezza, giacchè l' indebolito vigor di mente non lascia che con virile consiglio si provegga alle proprie cose *arg. ex leg. auxil. ff. de minor.*

Le Chiese ed i Luoghi pii godono di questo privilegio, perchè dal dolo, e dalla colpa dei loro amministratori non patiscano danno: *Cap. 1. extra de in integr. rest. & cap. 2. eod. tit. in 6.°*; nè ciò solo a senso del Gius Canonico, ma ben anche del Civile, come si ricava dalla *l. orphanatrophos 32. Cod. de Episc. & Cler.*; ed il Fisco, come argomentano i DD., in causa dei molti privilegi di che è fornito: *Fabr. in Cod. lib. 1. tit. 9. in allegat. N. 10.*; e la Repubblica pur anche: *l. resp. Cod. ex quib. caus. major.* godono della restituzione in intiero.

Conviene però riflettere che la restituzione in intiero, che si accorda ai minori, e per identità di ragione, a quelli di cui al N. 1.° differisce dall' altra che si dà ai maggiori di età per qualunque

giusta causa, in ciò, che la prima si accorda appena è provata l'età minorile, il difetto di mente, la malattia ecc.; ma la seconda non si accorda se non se qualora, provata la lesione, sia giustificata ancora la causa legittima di ottenere tale restituzione, come sarebbe l' assenza, l' ignoranza ecc.

Si concede essa pure ai figli di famiglia convenuti in giudizio per contratto fatto dipendentemente dal comando del padre: *l. denique* 3. §. 4. *ff. de min.* 25. *an.*, sempre quando il padre non sia solvente: si concede anche, se di moto proprio abbia contrattato e fatta sicurtà al padre, perchè coll' implorarla non si viene contro l' ossequio dovuto al medesimo, e perchè la fidejussione è piena di pericoli. Si eccettua però il caso in cui fosse obbligato a ciò per legge naturale, come per liberarlo da cattività ecc. *Thes. quaest.* 60. *N.* 2.

Godono le persone miserabili dei privilegj delle Cause pie, e quindi loro si accorda il rimedio della restituzione in intiero: *tex. in l. si procuratorem* 8. §. *igitur ff. mandati*, e ciò a tutta equità, perchè debbesi per quanto è possibile rendere meno dura la loro condizione.

L'assenza talvolta è riconosciuta dalle leggi per un giusto titolo ad ottenere la restituzione in intiero, giacchè è principio dell' equità naturale il soccorrere chi non può di per sè difendersi; ma però essa legge ha riguardo alle diverse specie di assenza. Pertanto essa è o *volontaria*, o *necessaria*, secondo che o con ispontaneità, o per urgente causa alcuno si allontana dal luogo dove pose le proprie cose: ambe poi si suddividono in *laudabile*, *vituperevole*, *indifferente*.

La *volontaria laudabile* si verifica quando uno si assenta per causa a sè onorevole ed utile, come per motivi di studio; nel qual caso non viene restituito in intiero, se non quando, lasciato un Procuratore,

sia questo morto, o ridotto a tale, che non abbia potuto amministrare i di lui affari: *l. mandatum* 57. *ff. mandat. l. nec non.* 28. *ff. ex quib. causis.*

La *necessaria laudabile* avviene quando per qualche interesse della Patria o del Principe taluno si allontana, come per Legazioni, Ambascierie &c., il che è sempre degno di premj e di onori: *l. sciendum* §. *ordine ff. de legation.*; e per essa si concede la restituzione, non perdendosi azione alcuna per servigio alla Repubblica, la cui causa scusa da tutto, pochi casi eccettuati, che vedere si possono *in Oinotomi Inst. de act. lib.* 4.° *tit.* 6. *N.* 33. *& seqq.*

La *volontaria vituperevole* si ha quando per ozio o voluttà, o per malizia, come per frodare Creditori, taluno si assenta; la *necessaria vituperevole* accade per delitto, come nel caso del relegato, del deportato ecc. Ambe queste specie di assenza non possono essere causa di restituzione.

La *volontaria indifferente* avviene, quando per affari di privato interesse alcuno si allontana, come il Mercadante, il Negoziatore; e questa, come l'assenza volontaria lodevole, è causa di restituzione: la *necessaria indifferente* succede quando per infortunio restiamo assenti, come per forza di tempesta, per esser trattenuti in private carceri ecc.; e perchè non si aumenti la sofferta sventura, si restituisce in intiero.

Non solo il beneficio della restituzione si concede all'assente contro il presente, ma ben anche a quest'ultimo contro il primo, non risguardata la qualità dell'assenza: *l. absentia* 140. *ff. de reg. jur.* e si accorda ancora all'assente contro l'assente.

Danno giustamente causa alla restituzione in intiero l'ignoranza, e l'errore.

L'ignoranza, che consiste nel difetto delle cognizioni che sono necessarie per formare un rettó

giudizio, ove essa sia probabile, non che invincibile, merita il soccorso della Legge, e quindi per essa si accorda la restituzione in intiero. Egli è perciò che l'ignoranza di fatto è scusabile, quella di gius è inescusabile: non è tenuto alcuno a conoscere i fatti che avvengono, ma ciascuno è tenuto a conoscere le leggi sotto la cui tutela cercò difesa ai proprj diritti.

L' errore che consiste nella disconvenienza delle nostre idee colla natura delle cose, può essere *di fatto* o di *gius*. Ma siccome quello di fatto il più delle volte non può vincersi: *l.* 2. *& tot. tit. ff. & Cod. de jur. & fac. ignor.*, e quindi, per ciò che dicemmo, è scusabile; e siccome d'altronde quello di gius, cioè il falso giudizio su ciò che è già circoscritto e reso noto per regola delle nostre azioni, per ciò che dicemmo, è inescusabile; così per l' errore di fatto si darà restituzione in intiero, ma non per l' errore di gius.

Che se si trattasse di un errore sul fatto proprio, od altrui, ma tale che tutta verisimiglianza indicasse doversi conoscere, si negherebbe la restituzione in intiero, perchè inescusabile: *l. plurimum interest* 3. *ff. de jur. & fact. ignor.*; e viceversa, se si trattasse di un errore di gius, quando fosse il diritto involuto, incerto, ed oscuro, o vi avessero parte donne, rustici, idioti, soldati, non sarebbe imputabile a colpa, e quindi si accorderebbe il rimedio della restituzione: *l. in omni parte* 2. *l.* 9. *prin. &* §. 1. *ff. eodem.*

Il timore, ossia la trepidazione di nostra mente all' idea di un pericolo presente o futuro può essere legittimo motivo per ottenere la restituzione in intiero contro ciò che per esso si fece. Ma non ogni incussione di timore basta all' indicato effetto, d'uopo essendo ch' esso sia ingiusto, cioè non inferito da chi ha dalla Legge podestà

su di noi, come il Padre, il Marito, il Giudice ecc., affine di costringerci a fare, o non fare, cosa conforme gli obblighi nostri. Conviene inoltre che sia grave, tale cioè che far possa forza su di un animo virile e costante, come sarebbe il timore di schiavitù, di morte, di stupro ecc. *l. isti quidem* 8. §. *penult. ff. quod metus causa.*

Il conoscere se il meto incusso sia grave ed ingiusto è riservato all' arbitrio del Giudice, il quale non solo trarrà profitto dalla qualità del male minacciato, ma anche dalla condizione, dal sesso, dall' età, dalle disposizioni di animo di quelli cui viene incusso *l. metus autem* 3 *ex quib. caus. major.*

Il dolo può offrir causa alla restituzione in intero, quando non sia *buono*, o *malo presunto*, e quindi non faremo parola che del dolo *malo vero.* Vien questo definito = *Calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* =

Codesta specie di dolo può aver dato causa all' atto, o può aver avuto luogo nel medesimo incidentalmente, sia questo *inter vivos*, sia *causa mortis*. Se diede causa a un contratto di buona fede, siccome in tal caso questo è *ipso jure* nullo, non è mestieri ricercare la restituzione: *l. & eleganter* 7. *ff. de dolo malo. l.* 1. §. *si libertatis &c.* 7. *ff. quar. rer. act. non datur. l. in causae* 16. §. 1. *ff. de min.* 25. *annis*. Se ebbe luogo in un contratto di buona fede, ossia se fu incidente, siccome si accorda l' azione discendente dal contratto particolare, in cui avvenne il dolo, ad ottenere il supplemento, o la restituzione dell' eccesso del prezzo della cosa: *l.* 7. §. *solum* 3. *in fin. l. si quis affirm.* 9. *prin. ff. de dolo malo. l.* 66. *in vend.* §. 1. *ff. de contrah. empt.*, così non si concede il rimedio straordinario della restituzione in intiero. Se però si tratta di un contratto di stretto gius, non essendo nullo per sè,

ove il dolo abbia dato causa al contratto, si accorderà la restituzione affine di rescinderlo, e si dovrà ridurre ad equità, ove il dolo sia nel medesimo intervenuto, incidentalmente.

La dizione di nullità altro non è se non un atto, con cui si dichiara nulla una sentenza, od altro giudiziale atto, per mancanza di legittime forme. In gius comune il Giudice stesso nanti cui si allegava occorsa una nullità, poteva della medesima conoscere: ora presso noi non si può agire per questo capo contro una sentenza, se non col rimedio dell' appellazione, se si tratta di sentenza di prima istanza, o della revisione, se di appello: *l.* 28 *Maggio* 1819. Contro i danni però che provengono dalla nullità, o dall' ingiustizia di una sentenza passata in giudicato si concede la restituzione in intero per la clausola generale sovraesposta del Pretore: *Bald. in l.* 1. *N. post med. C. de condict. indeb. Bart. in l.* 1. *N.* 4. *C. de sent. advers. Fisc.* Veggansi *Oddi de rest. in integ. par.* 2. *quaest.* 77. *Art.* 1., *Scaccia de sent. & re judic. glos.* 14. *quaest.* 32.

È dubbio in gius comune se la restituzione in intero, come l' appello, sospenda l' esecuzione: *Odd. de in integ. rest. quaest.* 43. *N.* 18 & 63. Presso di noi non la sospende se non quando si tratta di danno irreparabile.

Per titolo di lesione può rescindersi qualunque contratto convenzionale di vendita, compra, dazione *in solutum*, permuta, e simili, quando la lesione sia intervenuta oltre la metà del giusto prezzo a danno del venditore (per la quale potrà il compratore anche supplire al giusto prezzo), e quando, rispetto al compratore, la lesione sia avvenuta per essersi di un doppio ecceduto il vero valore della cosa: *Cod. Pat. lib.* 2. *tit.* 25. §. 25. In ordine alle transazioni però si concede rescissione,

ove la lesione si conosca essere al di là di due terzi di ciò che sarebbesi estimato con fondamento dovuto a chi l' allega, con relazione sempre alla dubbietà dell' affare, al dispendio, alla durata, ed all' incertezza della lite: *Cod. Patr. lib.* 2. *tit.* 27. Veggasi *Zanch. de laesione*.

La restituzione in intero per Gius Comune può aver luogo in tutte le obbligazioni, che nascono dai contratti o quasi contratti; di che noi non ci occuperemo, spettando alle lezioni di Pandette.

Ha luogo ancora contro il lasso delle istanze ecc. e dei termini di legge ad appellare, purchè la sentenza non sia proferita colla clausola *stanti le cose come stanno*: *Decis. del Sup. Cons.* 27 *Luglio* 1822 *in causa Andreoli con Bertoni*; e così contro il lasso dei termini per far deposito, esibir processi ecc., come si vide, e contro gli atti giudiziali fatti tanto prima della contestazione della lite, che dopo.

Alcune prescrizioni abbiamo nel nostro Codice in soggetta materia. Dal contumace a rispondere a posizioni, che vennero quindi dichiarate per confessate, non potrà ottenersi mai restituzione *in integrum*: *Cod. pat. lib.* 1. *tit.* 19. §. 6. I minori, e le donne non potranno ottenere la restituzione in intero contro le loro obbligazioni, e i loro contratti, essendosi osservate tutte le solennità stabilite, rimanendo loro salva ogni ragione contro chi li autorizzò: *Cod. pat. lib.* 2. *tit.* 4. §. 9. *e* 14. Contro le prescrizioni legittime non si ammette rimedio di restituzione in intero: *Cod. pat. lib.* 2. *tit.* 11. §. 19. *Fachin. lib.* 1. *controv.* 69.: solamente a danno de' minori, e pupilli mancanti di curatore, tutore, o amministratore de' loro beni non corre la prescrizione di quindici anni: *Cod. pat. lib.* 2. *tit.* 11. §. 8., come altrove vedremo. Contro l' improvida adizione dell' eredità compete essa al solo effetto di evitare

un danno positivo emergente, e non mai all' altro di conseguire un lucro cessato: *Cod. pat. lib.* 2. *tit.* 35. §. 4. L' erede, che ommise di far l' inventario perderà il diritto della Falcidia, e solo, se minore o donna, potrà implorare la restituzione in intero: *Cod. pat. lib.* 2. *tit.* 35. §. 12. Per far uso del gius di retratto non compete ai pupilli, e minori la restituzione, ove i loro tutori, e curatori legittimamente interpellati l' abbiano trascurato: *Cod. pat. lib.* 2. *tit.* 29. §. 6. Tutte quelle persone, che non ponno agire di per sè, ove risentissero danno dalla non seguita presentazione di private scritture all' Archivio, o Registro, a termini delle nostre leggi, non potranno giovarsi del benefizio della restituzione in intero, restando solo ad esse salva la ragione di conseguire l' emenda del patito danno contro i loro tutori, curatori, amministratori ecc.: *Cod. pat. lib.* 1. *tit.* 20. §. 2. Dopo che una restituzione fu accordata, e per negligenza di chi l' implorò furono rimesse le parti, essa non viene di nuovo accordata: *Decis. del Sup. Cons.* 8 *Febbrajo* 1820. *Borghetti con Grimaldi.*

In una causa sola non si accordano che due restituzioni in intero. Questo benefizio può chiedersi o principalmente, od incidentalmente. Quando si chiede principalmente, s' instituisce un giudizio ordinario; quando si chiede per incidenza, cioè in via di eccezione o di replica, si agisce sommariamente. La restituzione in via di azione, ossia principalmente, non si può chiedere in tutta regola dal Procuratore, che non abbia mandato speciale: per diritto comune dev' essere addimandata entro un quadriennio dal dì della sofferta lesione, o dal giorno in cui spirò il termine ad appellare, oppure, se è chiesta dal minore, dal punto in cui divenne maggiore. Presso noi le restituzioni in

intero contro il lasso dei termini ordinarii in causa, o a poter appellare, o a proseguire l' appellazione, o a fare il deposito delle spese, o a produrre copia d' atti, o a chiedere revisione, si accordano dal Supremo Consiglio di Giustizia: in quest' ultimo caso però si deve ricorrere al Sovrano, il quale per lo più rimette la prece al Consiglio, e questo ordinariamente rescrive: *deduca il ricorrente le sue ragioni per la via degli atti, citata la parte*. Per regola generale la dimanda di restituzione in intero ad appellare, o chieder revisione non sospende l' esecuzione, salvo il caso di gravame irreparabile. Per ottenere questa restituzione in intero due cose sono essenziali: provar la giusta causa di chiederla, ed il fumo di buona ragione nel merito, cioè far costare, che l'articolo è tale che merita di essere discusso in seconda, o terza istanza: *Decis. del Sup. Cons.* 8 *Gen.* 1817. *Dionigi, Tori, Leoni, con Cervi*. Per le persone però tutelate dalla Legge, come sono i minori, le donne ecc., basta il fumo di buona ragione: *Decis. del Sup. Cons.* 4 *Maggio* 1819. *Malagoli con Casaglia Bindi: Decis.* 18 *Agosto* 1821. *Santini con Santini.* La procedura è la seguente: si presentano gli atti giudiziali già seguiti, la petizione, ossia il libello al Supremo Consiglio, in cui si espone l' oggetto della questione principale, e la causa per cui occorre la restituzione, come il lasso del termine ad appellare, ecc., e si conclude, perchè sia citata la parte avversa a comparire al Consiglio alla prima ora di udienza dopo l' eseguita citazione, onde dire tuttochè, e perchè non abbia ad essere accordata la chiesta restituzione in intero. Se il reo è domiciliato fuori del luogo della residenza del Supremo Consiglio, debbe di più con requisitoria citarsi ad eleggere ivi il suo domicilio, colla comminatoria, che in contumacia saranno elette, e con-

fermate per suo domicilio le scale del Palazzo. Se si crede aver diritto alla sospensione degli atti, si chiedono le inibitoriali: in fine si espongono i motivi, cui si appoggia il ricorso. Trattandosi di restituzione a chiedere revisione, ottenuto il rescritto di cui sopra, si può produrre la petizione, o supplica stessa in luogo di libello. La parte citata o comparisce, o è contumace: in questa seconda ipotesi continua il Giudizio fino al termine: se poi comparisce, o acconsente alla chiesta restituzione in intiero, o vi si oppone, dando anche solo le eccezioni generali: nel primo caso è finito il giudizio, nel secondo il Supremo Consiglio fissa un termine in causa di quindici, o venti giorni, e scorso questo, si pone la causa *in albo*, si concreta il fatto e dubbio, si fa l' aringa, indi ne viene la sentenza, come negli altri giudizj di revisione.

Ciò che l' angustia del tempo non permette di quì esporre, si potrà alle occorrenze vedere presso Oddi, Puteo, Maurizio, nei rispettivi trattati *de Restitutionibus in integrum*.

TITOLO V.

DELL' ESECUZIONE DEL GIUDICATO.

Sarebbero inutili il giudizio, e la sentenza quando quest' ultima non dovesse eseguirsi. Il Giudice che ha data la sentenza è quello che la fa eseguire, quando sia passata in giudicato. Le sentenze degli Arbitri, e dei Delegati si fanno eseguire dal Giudice ordinario. Si controverte se il Giudice *a quo*, o quello *ad quem* debba far eseguire la sentenza di appello: secondo il gius scritto spetta tale esecuzione al Giudice *ad quem: ll. 6. 32. §. 2. Cod. de appellat. Auth. Si quis: Cod. de Episcop.* giusta la consuetudine si sta alla pratica dei di-

versi Tribunali: presso noi si rimettono le parti al Giudice *a quo* per l'esecuzione, e se, pendente la lite, la cosa litigiosa è passata in più mani, la sentenza contro l'alienante si fa eseguire dal Giudice che l'ha pronunciata, quand' anche quello, cui pervenne la cosa, sia di aliena giurisdizione.

Per conoscere il modo con cui si deve mandare ad effetto una sentenza è d'uopo distinguere: o si è agito con azion personale, o reale: se si è agito con azione personale, la *Leg.* 13. §. 2. *ff. de re judic.* fissa il modo, e l'ordine con cui si procede all'esecuzione. Debbonsi oppignorare prima i mobili, indi gli stabili, poi i nomi dei debitori del reo, ed in sussidio si procede alla cattura: *Massa ad Chartar. Observat.* 64. *N.* 28. *Ab Ecclesia Observat.* 119. *N.* 6. Diversamente cammina la cosa fra noi: passata in giudicato la sentenza, si chiede, e si ottiene l'ordine di gravame, prima di tntto snl mobilare del debitore, e sni bestiami, purchè qnello non appartenga all'arte, o alla professione del debitore, e questi non siano destinati all'agricoltura. Mancando i mobili, ed i semoventi si agisce contro il nome dei debitori del reo. Ciò pure mancando, si agisce contro gli stabili, ed in totale deficienza di questi, si procede a cattnra.

Vediamo brevemente la procedura nostra nei singoli casi. Ottenuto, come sopra, l'ordine di gravame sui mobili, o semoventi, il messo lo eseguisce col descriverli in un processo verbale, e ne assume un depositario, se gli viene presentato idoneo dal reo, se nò, trasporta i mobili al pubblico deposito, dando di tutto relazione agli atti. Dietro questo, l'attore fa citare il reo a ricuperare entro quattro giorni i pegni, pagando spese, frutti, e capitale. Scorsi i quattro giorni infruttuosamente, il Giudice ad istanza dell'attore fissa il giorno per l'incanto dei pegni, e fa spedire precetto al depositario di presentarli al luogo della pubblica

subasta, e si vendono a prezzo reperibile al miglior offerente. Se però l' attuario, che debbe assistere all' incanto, si accorge essere fra gli offerenti frode, o collusione a danno del reo debitore, oppure se non si presentano obblatori che in troppo scarso numero, o se troppo vili sono le obblazioni, sospende l' incanto per aver dal Giudice norma di contegno, nel primo degli accennati casi, e per ripetere, negli altri due, l' incanto fino alle tre volte, sempre in giorno di mercato, di concorso di popolo; ed in luogo pubblico, e ciò previe sempre le opportune cedole invitatorie all' incanto. Se poi il vocatario non presenta all' incanto i pegni del debitore, si grava esso stesso sui proprii, che si vendono al pubblico incanto, senza ammettere ulteriore vocatario. Talora può anche soggiacere al carcere.

Nel caso che costi dalla relazione del messo non essersi trovata cosa da gravare presso il debitore in mobili, o semoventi non proibiti dalla Legge ad oppignorarsi, come vedremo parlando del sequestro, chiede l' attore al Giudice, con apposita istanza, che gli sia accordata la tenuta del nome dei debitori del reo, e che sia loro spedito precetto formale di non disporre di quanto essi debbono al reo stesso sotto pena di duplicato pagamento. Il Giudice accorda la tenuta, ed ordina spedirsi i precetti in conformità. Avutasi in atti la relazione del messo sulla spedizione di tali precetti, dietro istanza dell' attore, il Giudice ordina che si citi il reo a ricuperare entro dieci giorni continui il nome del debitore, o debitori già assegnato in tenuta, pagando capitale, frutti, e spese: in caso che la ricupera non segua, il Giudice assegna con decreto soltanto interlocutorio al creditore, che ne fa istanza, in pagamento del suo avere, detti nomi de' debitori, ai quali si rinnova il precetto suddet-

to, con ordine di conoscere per loro creditore non più il reo, ma l' attore, e suoi eredi, sotto pena di non ottenere altrimenti legittima assoluzione.

Nel caso che costi della mancanza nel debitore di mobili, semoventi, e crediti, l' attore si dirige contro gli stabili, e chiede la tenuta dei medesimi in tanta parte quanta basti per ogni suo avere. Riportatosi il decreto di tale tenuta, si notifica al debitore, e gli si assegnano giorni dieci continui a ricuperare i fondi avuti in tenuta, pagando, come sopra si disse. Scorsi questi giorni infruttuosamente, il Giudice a richiesta dell' attore fa spedire precetti ai coloni, o conduttori del fondo, o dei fondi oppignorati, di non passare le rendite, o di non pagare le pensioni in altre mani che in quelle dell' attore. Tali rendite, o pensioni, sono imputate dal creditore prima in conto di frutti, poi di spese, indi di capitale. Nell'ordine però da seguirsi non è necessario far precedere l' esecuzione sopra i nomi dei debitori all' esecuzione sugli stabili: *Decis. del Sup. Cons.* 26 *Settembre* 1818. *Costagiani con Pignatti.*

Ritenuto che l' esecuzioni sugli stabili sono di competenza dei Tribunali, e non dei Giusdicenti (tranne quelli di Lunigiana, e Garfagnana, come si vide) il pignorante produce davanti il Tribunale la copia del decreto di tenuta, dei precetti spediti ai coloni, ed il certificato delle ipoteche gravitanti sul fondo, e chiede citarsi i creditori certi ed inscritti con citazione speciale, e gli incerti, od aventi ipoteca legale, mediante proclama, ad aver prodotte quanto ai primi, entro quindici giorni, e rispetto ai secondi, entro trenta, le loro domande documentate, sotto pena che, non comparendo, non saranno graduati. Il coerente decreto del Giudice relatore s' intima al debitore, onde in questo processo di graduazione speciale dedu-

ca ogni sua occorrenza. Scorsi i termini suddetti, ad ogni istanza di una parte interessata, passa il Giudice relatore a graduare i soli comparsi creditori, ed ordina contemporaneamente che tale graduazione s' intimi ai graduati, onde, dentro quindici giorni da tale intimazione, propongano in caso per la riforma della graduazione le loro istanze, che debbono essere accompagnate dai relativi documenti, e dai motivi del reclamo. Entro l' accennato termine possono produrre le rispettive dimande anche quei creditori, che prima non fossero comparsi. In una sessione, che scorsi i quindici giorni, viene fissata dal relatore ad istanza della parte più sollecita, procura esso di porre d' accordo le parti sulla chiesta riforma, sui pagamenti, e sulle accollazioni da farsi a chi sarà deliberatario del fondo, sulla nomina dei periti per la stima del fondo, o dei fondi, e sulla stesura dei capitoli per l' incanto. Tutti i comparsi debbono firmare tale sessione, in cui, essendo qualche cosa rimasta in questione, il relatore destina il giorno in cui ne farà rapporto al Tribunale, e così senz' altra citazione, vi compariranno gli interessati per fare le loro deduzioni, e per sentire le risoluzioni del Tribunale medesimo. Che se gli incidenti fossero tali da non potersi risolvere sul punto, può il Tribunale ordinare il proseguimento degli atti esecutivi, quando questi non portino danno alle parti, o pregiudizio al merito delle contestazioni. Può pure il Tribunale decretare provvisoriamente l' esecuzione in tutto, o in parte di tali sentenze, le quali regolarmente non ammettono l' appello, che all' effetto devolutivo. Che se nei quindici giorni suddetti non comparisce alcun reclamo, la sessione si fa col creditore pignorante, in contraddittorio, od anche in contumacia del reo. Dopo tutto ciò si spediscono gli ordini opportuni ai Pe-

riti. Rilasciata agli atti la perizia del fondo, la quale debb'essere, a rogito di Notaro, riconosciuta dai Periti con giuramento, l' attore insta per l' incanto, a cui dee premettersi l' affissione delle cedole invitatorie. Tale subasta si replica, previa sempre affissione di nuove cedole, per tre volte, e ciò nel caso che nella prima, o nella seconda non sianvi concorsi obblatori, o le offerte siano al disotto della stima, oppure il Giudice relatore, nanti cui si fa l' incanto, conosca esservi a danno del debitore frode, o collusione tra gli offerenti, come se due, o più persone offrissero per un solo; giacchè si ritiene in pratica, che non debbasi aprir l' incanto, se almeno non vi concorrono tre offerenti: *Rot. Rom. Decis.* 113. *N.* 10. *part.* 7. Così l' incanto sarebbe nullo per lesione *ultra dimidium: Rot. Rom. Decis.* 138. *N.* 18. *Decis.* 316. *part.* 12. ed altre molte. Dopo il terzo incanto, resosi come sopra inutile, si aggiudica il fondo al creditore ad un dieci per cento meno della stima, salvo che si trattasse di un concorso generale di tutti i creditori, i quali allora sono tenuti di prendere i fondi a giusta stima senza diminuzione. Pende indeciso fra noi il dubbio, se il creditore che fece oppignorare al reo i mobili possa costringersi a riceverli in aggiudicazione al dieci per cento meno della stima, nel caso che dopo tre incanti non siasi trovato obblatore, e ciò come se si trattasse d' un immobile: Noi non azzarderemo di pronunciare giudizio in tale proposito, ma ci pare che si possa ritener l' affermativa per identità di ragione.

Pendenti gl' incanti suddetti ha facoltà il reo debitore di far deliberare il fondo anche al disotto della stima, purchè in tal guisa ancora restino soddisfatti tutti i di lui creditori. Ha pure la facoltà di ricuperare i beni oppignorati prima che siano deliberati, e consegnati al maggior offerente,

ed anche quaranta giorni dopo la delibera, solo però quando questa sia stata fatta al pignorante in mancanza di altri obblatori, nel qual caso le spese d'incanto, di Periti, Registro, Atti, Rogito ecc. sono tutte a carico del debitore. Che se la delibera sarà fatta ad un terzo, si starà allora ai capitoli fatti, come sopra, nella sessione degl' interessati. Tali capitoli debbono essere ostensibili a chiunque voglia intervenire all' incanto.

Fatta la vendita, o l'aggiudicazione, deve essa notificarsi per proclama da affiggersi alle porte del rispettivo Tribunale, diffidaudo i creditori incerti, o non comparsi, che, spirato il termine di trenta giorni da quello dell' affissione del proclama, sarà disposto del prezzo, come di ragione, restando così tolto, perento, e prescritto qualunque gius competente a chicchessia sul prezzo, e sullo stabile venduto, o aggiudicato.

L' indicata graduazione particolare non rende, come succede ne' fallimenti, esigibili i censi, i capitali irrepetibili, i crediti non iscaduti ancora; ma si accollano tali e quali all' acquirente, od aggiudicatario, e sta a favore dei creditori di essi lo stesso privilegio, ed ipoteca di cui gode il venditore sul fondo venduto per residuo prezzo non pagato: ma se il creditore pignorante, o per esso il reo pignorato, darà cauzione idonea di restituire o pagar la somma percetta, nel caso che resi esigibili tali crediti, o non possano i rispettivi creditori venir soddisfatti dal debitore, o debbano ricevere in paga altri fondi, oppure se si dimostrerà che altri beni idonei a garantire rimangano al debitore, non potranno pretendere tali creditori nè di aver parte sul prezzo a preferenza del pignorante, nè che siano accollati i loro crediti anche non esigibili al compratore, o deliberatario. Tali prove, e sigurtà debbono prodursi nel termine dei

quindici giorni suddetti successivi alla graduazione. Si graduano pure i crediti eventuali, o contenziosi, giusta la loro anteriorità, e poziorità, ed a loro favore si riserva un fondo corrispondente, ma per essi pure ha luogo ciò, che si è detto pei capitali irrepetibili, o non iscaduti.

Per disposizione del Piano ipotecario, se concorre uno avente ipoteca generale anteriore all' Aprile 1806 (epoca in cui fu pubblicato detto Piano) con altro fornito d' ipoteca speciale posteriore sopra uno stesso fondo, questi può opporre al primo l' escussione: ma ora nella graduazione particolare summenzionata si deve impiegare in tutto, o in parte il prezzo del fondo pignorato da un creditore posteriore speciale per soddisfare l' anteriore avente ipoteca generale; il posteriore non può più opporre l' escussione, ed invece la Legge lo ritiene surrogato *ipso jure* nei diritti del primo, sino alla concorrenza della somma percetta dall' avente ipoteca generale, onde agir possa contro chi di ragione; con questo però che, nel valersi di tale ipoteca generale, il posteriore non avrà grado, se non dal giorno, in cui debitamente inscrisse la propria ipoteca speciale. Per conservare poi questo subingresso, deve, dietro certificato del Giudice relatore, denunziarlo all' uffizio dell' ipoteche entro dieci giorni da quello, in cui fu pagato l' anteriore, e ciò senza l' onere di pagar tassa.

Se, pendente la graduazione particolare, taluno instasse per l' apertura del generale concorso dei creditori del reo, il relatore sospende gli atti; assicura, se crede bene, lo stato del comun debitore; ne fa rapporto al Tribunale, il quale, sentito chi di ragione, decide se possa aver luogo o nò il concorso nel modo che vedremo.

Nel caso in cui non sianvi nè mobili, nè crediti, nè stabili, si agisce come vedrassi al titolo dell' arresto.

Si quistiona in pratica a termini di gius comune, se l' attore possa variare nell' esecuzione. La risoluzione di ciò dipende dal vario stile delle diverse Curie : quanto a noi permette la patria Legge al creditore l' abbandonare l' intrapresa esecuzione, incontrando ostacoli, per iscegliere altra via, con cui possa più facilmente e speditamente venir soddisfatto: così, intentata l' esecuzione sugli stabili, si può questa abbandonare, qualora si scopra che un terzo sia per pagare qualche somma in denaro contante al reo debitore.

Finora si è parlato nell' ipotesi che siasi agito con azione personale; ma quando il creditore ha promosso un'azione reale, appena che sarà passato in cosa giudicata il decreto favorevole, potrà domandare l' immissione in possesso di quei fondi, che il Giudice, o Tribunale, riconobbe di pertinenza dell'attore. Il Giudice ordina che gliene sia dato il possesso corporale, il che suole eseguirsi coll' accesso del Giudice , o suo commesso insieme all' attuario , alle parti, ai testimonj, e col fare eseguire all' attore qualche atto possessorio sul fondo, come per esempio *carpire qualche ramo, raccogliere qualche frutto, aprire, o chiudere uscj , finestre*, oppure collo spedire ai coloni, conduttori, o custodi del fondo *penali precetti* di non riconoscere in padrone altri che l' attore. Che se non ostante la consegna del fondo rivendicato, l' attore rimane in credito o di frutti dal reo convenuto percetti, o per risarcimento di danni recati al fondo, o per le spese ecc., per tutti questi oggetti può agire contro il debitore coll' azione personale, come si vide.

Sulle esecuzioni in generale devesi osservare, che la vendita per incanto di beni sì mobili, che immobili dee sempre farsi *praesente pecunia*, a pronti contanti, non già *credita pecunia*, ossia a respiro, a meno che non v' intervenisse il consenso dei

creditori, i quali liberassero così il debitore, riconoscendo in sua vece soltanto l' acquirente. Era dubbio una volta se il creditore pignorante potesse apertamente offrire all' incanto: dai più moderni però, e dalla pratica comune, e così anche presso noi, è ammesso, che il creditore possa liberamente offrire all' incanto, quando lo stile particolare della Curia non vi si opponga. Veggansi le Istruzioni ed Ordini 23 Ottobre 1815, ed il Codice patrio a questo titolo, non che il Regolamento 28 Agosto 1814.

Ma come dovrà agirsi, se, consnmata già l' esecnzione, venga impugnata dal reo la vendita? Si distingue: o impugna il reo l' esecuzione per nullità patenti dell' incanto, nullità che il terzo deliberatario poteva, e doveva conoscere, oppure l' impugna per ingiustizia del titolo, per cui si è agito, dimostrata anche con nuove prove. Nel primo caso si annulla la vendita, e ritorna il fondo al reo convenuto: nel secondo caso, ferma stante la delibera del fondo al terzo, può solo il reo dirigere le sue azioni contro il creditore per la restituzione del prezzo percetto dal fondo venduto, e pel rifacimento dei danni. Che se questo fondo sarà stato aggiudicato al creditore medesimo, questi, per ragione di una certa equità non scritta, dovrà restituirlo al reo. Se abbia poi sempre luogo la rifazione al reo dei danni, e il *quid interest*, dipendentemente dal seguito incanto del fondo in questione, dipende dal vedere, se il creditore era, o no, in buona fede, quando procedette all' esecnzione.

Soventi volte accade che il Giudice, o i terzi offerenti all' incanto impongono la condizione, che il prezzo offerto non sia rilasciato al creditore, se non a fronte di obbligazione, o sigurtà di restituire, o conferire in caso ec. la somma che si vie-

ne a ritirare pel proprio credito. Cercasi se sia attendibile tale condizione. Anticamente si è dubitato, per la ragione che avendo, come dicevasi, il creditore rilasciato al debitore il suo denaro senza vincolo alcuno, non è giusto che si costringa a riprenderlo con vincolo, e sotto condizione. Veggasi *de Luca de Judiciis disc.* 40. Oggi però si ritiene, che avrà bensì luogo questa regola, quando si tratta che il creditore riceva il denaro dal debitore, o da un terzo, cui compete il *jus offerendi*, non però nel caso di denaro ricavato dalla vendita del pegno pretorio. Vero è che il gius comune non conosce tali cauzioni, ed obbligazioni; ma vero è altresì che esso impone al creditore di provare la sua anteriorità a chiunque, il che essendo talora difficile, la pratica introdusse il costume di tale cauzione. Questa torna a vantaggio dei creditori medesimi, giacchè diversamente o non si troverebbero offerenti, che volessero avventurare il loro denaro (essendo che il creditore, a di cui istanza si vende, non è tenuto ad evizione), o se anche se ne trovassero, offrirebbero con grave danno del debitore e degli stessi creditori, un prezzo assai basso e vile, in compenso del pericolo, cui si esporrebbero, di perdere il loro denaro, mentre è certo che il fondo, benchè venduto all' asta pubblica, ritiene le ipoteche, cui prima era soggetto: *res transit cum onere suo*. Di ciò ragioneremo nel Piano ipotecario.

Spesse volte l' esecuzione viene impedita, o ritardata dalla così detta *Cautela dell' Angelo*, molto nota nel foro. Quando taluno teme che l' esecuzione di un giudicato contro un terzo possa cadere sopra beni da lui posseduti, protesta in giudizio, che appartenendo a se stesso tali beni, non si debba contro di essi ammettere alcun ordine di esecuzione. Questa cautela dicesi dell' Angelo, per-

chè fu introdotta dal Giureconsulto Angelo di Perugia nella Legge *A divo Pio §. si super rebus ff. de re judic.* Per intentare utilmente questa cautela è d'uopo farlo prima che sia incoata l' esecuzione, perchè allora questa si sospende finchè l' attore abbia provato non sussistere che l' opponente tale cautela abbia realmente il possesso dei beni, sui quali cader dovrebbe l' esecuzione. Quegli poi che l' intentasse dopo fatta l' esecuzione, che si presume sempre fatta rettamente, dovrebbe provare il proprio diritto sui beni controversi, nel termine arbitrario assegnato dal Giudice, altrimenti nulla otterrebbe. Compete anche questa cautela a chi non possiede i beni controversi, ma che però ne può giustificare *incontinenti* il suo dominio, e la causa per cui il reo li possiede, come sarebbe per comodato, deposito, precario, amministrazione, ed anche se fosse per causa illecita, come per furto, rapina. Veggasi Ridolfini nella sua pratica a questo titolo. La moglie del debitore oppone pure utilmente questa cautela, per impedire l' esecuzione su certi mobili del marito, dichiarando di voler tenere quelli in cauzione delle proprie doti, quando abbia rogito dotale, e niente altro possegga il marito: Veggasi *De Luca de Judiciis disc.* 40. *Ridolfin. prax. part.* 1. *Cap.* 1. In questi casi la procedura è sempre sommaria. Presentemente si ritiene che la moglie possa bensì farsi opponente alla distribuzione del prezzo dei mobili, che un creditore fa vendere in danno del marito; ma non possa impedirne tal vendita, salvo il caso, in cui giustificasse la di lei proprietà di tali mobili.

Ha pur luogo nelle esecuzioni il benefizio dell' autentica *Hoc nisi debitor. Cod. de solutionib.*, di cui tratta latamente, e con profonda dottrina Salgado nel suo Laberinto dei creditori. General-

mente un creditore non può essere costretto a ricevere dal debitore una cosa per un' altra, e così dei fondi invece di denaro: in forza però di detta Autentica il debitore, che non ha contante, può offrire a' suoi creditori i proprii beni, onde fra questi scelgano o i migliori, o quelli che più loro piacciono, in soddisfazione dei rispettivi crediti: in questo caso il debitore deve giurare di non aver occultata cosa alcuna ai debitori. L' uso di questo benefizio dipende dal vario stile dei Tribunali, ed in gran parte viene regolato dall' arbitrio, e dalla prudenza del Giudice. Veggasi il Salgado suddetto.

È da avvertirsi che quantunque la regiudicata faccia, come dicono i pratici, de *albo nigrum,* pure per se sola, senza il fatto dell' uomo, cioè senza l' esecuzione legittima e consumata, non toglie nè il dominio, nè il possesso di ciò, su cui si è disputato, a riserva della sentenza assolutoria, che trae seco *ipsò jure* la liberazione del debitore.

PARTE ULTIMA

DEI GIUDIZJ STRAORDINARJ.

TITOLO I.

DEL GIUDIZIO CONTUMACIALE.

Sin quì abbiamo trattato del giudizio civile ordinario nella supposizione che il reo legittimamente citato comparisca per contraddire all'attore: ora vediamo come si agisca nel caso, che il reo sia contumace.

La Contumacia in generale si definisce = *Inobedientia contra mandatum judicis legitime injunctum* = specialmente poi = *Inobedientia erga judicem commissa ab eo qui legitime citatus non comparuit*: *tot. tit. ff. si quis in jus &c.* =

Anche presso di noi è contumace il reo, se non comparisce entro il termine portato dalla citazione. Quando però l'ultimo giorno di quelli, che sono assegnati al reo a comparire, è feria divina, in cui sarebbero nulli gli atti giudiziarj, non è contumace se comparisce il dì sussegnente giuridico: *Pellegrin. prax. de citat. Leg. ubi lex ff. de reg. jur.*

La contumacia altra dicesi *vera*, *notoria*, *evidente*, altra *presunta*, ed altra *finta*. La prima ha luogo quando il reo legalmente citato protesta impudentemente di non voler comparire, e non comparisce: la *presunta* è quando è stata legalmente eseguita la citazione, come si vide, ma non si sa di certo che sia pervenuta al reo, non essendo stata consegnata in persona: dicesi *finta* quando il reo dolosamente ha fatto in modo, che non gli

arrivi la citazione: *l. semper* 157. *ff. de reg. jur.* Nella riportata ultima definizione si dice *legitime citatus*, perchè se la citazione non fosse fatta o intimata nei modi legittimi, non renderebbe contumace il reo: *Cod. pat. lib.* 1. *tit.* 11. §. 17. Lo stesso si dica se fosse emanata d' ordine d' un Giudice incompetente: *Contumaces*, dice la *Leg.* 53. *ff. de rejudic.* §. *ult.*, *non videntur nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur, idest qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent*. Dubbio grave è tra i Forensi, se il reo citato da un Giudice incompetente debba, o no comparire per allegare l' incompetenza. Favorisce la negativa la *L. ult. ff. de jurisdict. Extra territorium Jusdicenti impune non paretur*. Pare d' altronde che si opponga la *Leg.* 5. *ff. de judic. Si quis ex aliena jurisdictione vocetur, debet venire.* Scioglie il dubbio la comune dei Giureconsulti con questa distinzione: o l' incompetenza è assoluta, evidente, per esempio *ratione territorj*, e può il reo non comparire, o non è evidente l' incompetenza, ed allora deve presentarsi per allegare l' eccezione. I Pratici però consigliano di comparir sempre, facendo protesta di non acconsentire alla Giurisdizione.

Molte cause possono scusare dalla contumacia: l' assenza per servigio dello Stato: *L. contra* 54. *ff. de re judic.* una malattia, un furore, una burrasca di terra, o di mare, una rotta di fiume, un impedimento per servigio della Comune: *L. si quis* 2. *ff. si quis caution.*, e simili; l' ammissione delle quali dipende dall' arbitrio del Giudice: *L.* 4. *si his qui: loc. cit. L. quaesitum* 60. *ff. de rejudic. Menoc. de arb. jud. lib.* 2. *cent.* 2. *cas.* 153. *Berlich. part.* 1. *conclus.* 17. Il Maranta, ed altri scusano dalla contumacia anche il miserabile.

Varie sono le pene della contumacia al variare de' casi: talora il contumace si ritiene per confesso *L. locorum Cod. de omni agro desert*: talora gli si niega udienza, se prima non rifonde le spese contumaciali: talora l'attore si mette in possesso dei beni del contumace: talora il contumace si assoggetta alla multa : talora perde il privilegio del foro: *Menoch. de arbitrar. judic. quaest.* 163. talora finalmente si dà il gravame tediale , cioè s'impone al reo contumace una multa giornaliera da pagarsi finchè abbia ubbidito agli ordini del Giudice.

Quale sia la pratica dei Tribunali sul modo di dichiarare la contumacia , e di punirla, non può accennarsi, essendo questa ovunque varia. Secondo il gius romano vi volevano tre citazioni per far dichiarare vero contumace il reo: presso noi, scorso il termine portato dalla citazione, se il reo è contumace si ha per contestata la lite.

I Forensi al *Cap. nullus de praesumpt.* pretendono che la sola contumacia del reo non basti a farlo condannare, volendo che in ogni caso l'attore debba provare la propria intenzione. Il nostro Codice distingue: o l'attore chiede la prestazione di un fatto del reo, ed allora scorsi i termini della citazione, ed accusata la contumacia, si assegnano quattro giorni al reo stesso , colla comminatoria, che si procederà conforme alla dimanda dell'attore: scorsi pure questi inutilmente, la parte attrice, accusata di nuovo la contumacia, chiede, ed ottiene l'esecuzione, la quale non si sospende, se non nel caso che il reo comparisca, e rifonda le spese contumaciali. Se poi il fatto, cui si appoggia l'attore, non è proprio del reo (come se uno intentasse una rivendicatoria contro un terzo possessore) s'intendono assegnati *ipso jure* i termini in causa, giusta la natura del giudizio. E se finalmente l'at-

tore si appoggia parte a un fatto del reo, e parte a un fatto altrui, si procede quanto al primo all' esecuzione, e quanto al secondo, all' assegnazione dei termini in causa, come sopra, scorsi i quali l' attore fa spedire a suo piacimento il giudizio.

Il reo dopo contratta la contumacia, giammai non si ascolta, se non siano prima rifuse le spese all' attore; nel qual caso si prosegue la causa, come se fin da principio il reo fosse comparso: questi però, contratta la contumacia, non può più allegare la declinatoria.

Che se l' attore medesimo dopo aver fatto citare il reo più non comparisce in giudizio, e lascia scorrere i termini probatorj e reprobatorj, ad istanza del reo si assegnano quindici giorni ad aver compito il giudizio, colla comminatoria, che scorsi questi infruttuosamente, s' imporrà perpetuo silenzio all' attore, e si condannerà in tutte le spese; ciò è consentaneo alla *Leg. eum quem ff. de judic.*, all' *Autent. quod fieri Cod. de dilat.*, ed al Gius canonico al *Cap.* 1. *de dol. & contum. in* 6.°

Benchè il termine ad appellare sia di dieci giorni nelle cause ordinarie, e di cinque nelle sommarie, pure nei giudizj contumaciali, rifuse le spese come sopra, un tal termine pel reo è sempre di dieci giorni, computabili da quello, in cui fu intimata legalmente la sentenza.

TITOLO II.

DELLE CAUSE SOMMARIE E MINORI.

La natura di certe cause che meritano un sollecito disbrigo o perchè non venga incagliata la circolazione sì interna che esterna de' beni, o perchè riguardanti la sussistenza della vita, o qualche altro interessante oggetto; la qualità ancora

di certe persone litiganti cui si conviene provvidenza particolare di legge, mossero questa ad accordar loro il diritto di agire con via più breve e spedita di quella del giudizio ordinario: ed è di quì che nacque la via privilegiata, ossia il giudizio *Sommario*, *Sommariissimo* o *Minore*.

Il Giudizio *Sommario* è quello in cui si spedisce una causa colla dimidiazione dei termini proprj al giudizio ordinario, anche per appellare, e per proseguire l'appellazione, i quali però possono sempre abbreviarsi, a norma dei casi, dal Giudice.

Per natura della causa, cioè per ragion di materia sono cause sommarie quelle di Salarj o mercedi, di Noleggi, di Pensioni, di Affitti, e Canoni, di Doti, di Deposito, di Compra, e Vendita di mobili, semoventi, merci, e generi, di Colònia parziaria, di Alimenti futuri, ed anche preteriti, purchè questi ultimi non oltrepassino la somma di Modonesi Lir. 500, quelle di semplice possessorio, di commercio e mercatura. Si trattano pure sommariamente gl' Incidenti e gli Emergenti nelle diverse cause.

Per ragione di Persona, le cause delle Vedove, dei Pupilli, dei Poveri, di chi pagò per altri, quelle dei Parrochi e delle Fabbricierie per l'esazione delle decime, undecime ecc.

Il Giudizio *Sommariissimo o Minore* è quello in cui si procede senza strepito e figura di giudizio, *sola facti veritate inspecta*, senza osservare formalità alcuna.

Godono di questa via privilegiata tutte quelle cause il cui merito non eccede la somma di Modonesi Lir. 150.

In queste si può procedere anche in giorno feriato umano, ma non divino, non fa d' uopo di libello, si può usare della citazione verbale, si ammettono solo le eccezioni perentorie, non vi è ter-

mine probatorio e reprobatorio, si ascoltano le parti in persona e loro si assegna un congruo termine per le rispettive incombenze, il Giudice fa citare anche verbalmente i testimonj, i periti, i sensali, li esamina pettoralmente, e presa così cognizione dell' affare, dà l' immediata sua decisione.

Di tutto ciò si fa sola annotazione in ristretto agli atti, onde ne resti memoria, e possano le parti averne copia anche per l' appello.

TITOLO III.

DELLE CAUSE ESECUTIVE.

Godono della via esecutiva tutte quelle cause in cui si agisce per l' esazione di un credito, o per l' adempimento di un fatto chiaramente risultante da pubblico instrumento, testamento, o codicillo, da sentenza di Giudice di estero Stato passata in regiudicata, che si debba eseguire dai nostri Magistrati, dopo che il Supremo Consiglio emise il decreto di esecutorietà; godono pure di questa via, quando l' obbligazione risulta da lodo d' arbitro o arbitratore che passò in giudicato, o da scrittura privata, sebbene mancante di causa, legittimamente riconosciuta in giudizio o per tale pronunciata, oppure per mano di Notaro, il quale non abbia certificato, come suol dirsi per *brevetto*, la firma dello scrivente, ma sibbene siasi rogato della ricognizione *Cod. patr. lib.* 1. *tit.* 26. §. 1. *e tit.* 8. §. 1.

Da quanto si è detto emerge non concedersi il privilegio della via esecutiva, se il debito non è certo, liquido, o ben indicato e circostanziato il fatto, e recedersi da questa via se l'eccezioni del reo sono dedotte dal ventre del documento, sopra cui si appoggia l' attore *Decis. del Sup. Cons.* 8 *Marzo* 1725. *Miani con Barani.*

Breve è la procedura esecutiva. L' attore produce il documento che ha esecuzione parata, e chiede citarsi il reo col termine di tre giorni utili ad averne copia e a pagare, o dire tutto ciò che crede di suo interesse. Non si ammettono eccezioni generali, perciò, sia che il reo nulla deduca, sia che solo neghi il debito, ad istanza dell' attore dopo l' indicato termine, gli si assegnano otto giorni ad adempiere alle sue obbligazioni, e scorsi questi frustraneamente, si passa all' esecuzione. Che se nel primo termine da il reo eccezioni speciali, e di tale natura, che provate elidano, od intorbidino almeno l' intenzione dell' attore, gli si assegnano dodici giorni a provarle, e questi spirati inutilmente, corrono otto giorni al Giudice per la sentenza definitiva, e scorsi pur questi, ad inchiesta dell' attore, deve il Giudice immancabilmente o dare sentenza o assegnare il termine di cinque giorni al reo ad eseguire, la quale assegnazione tiene luogo di decreto definitivo da cui non può mai il Giudice riporsi *Decis. del Sup. Cons.* 17 *Agosto* 1816 *Malatesti con Fabbri.*

In queste cause non si accorda il termine in confesso al reo convenuto, quando sia chiesto dopo l' assegnazione del termine degli otto giorni e rispettivamente dei cinque. Questo termine al pagamento, che può dal regolato arbitrio del Giudice accordarsi al reo che puramente e semplicemente, in tempo abile come sopra, confessa il proprio debito, deve essere proporzionato alle circostanze del caso, ma non deve poi mai oltrepassare il corso di trenta giorni.

Era dubbio se le prove incoate dall' attore entro i dodici giorni potessero compiersi dopo il lasso di questi, ma il Supremo Consiglio definì, che le prove dovessero esser compite entro il det-

to termine *Decis.* 28 *Settembre* 1816. *Petocchi con Spinelli e Gozzi*, 23 *Luglio* 1822. *Benatti con Ascari*, 18 *Gennajo* 1823. *Ambrosi con Fornacciari*.

È dubbio se il Giudice debba assolvere o condannare il reo nel caso che, date nei tre giorni portati dalla citazione speciali eccezioni, che abbiano gravemente intorbidata la pretesa dell' attore, ma non elisa, le abbia il reo provate nei dodici giorni. Sembra che in questo caso dovesse il Giudice decretare che la causa da esecutiva divenir debba ordinaria: giacchè non può ritenersi che oziosamente la Legge abbia permesso al reo di opporre quelle eccezioni che l' azion dell' attore rendono torbida ed incerta, nè che possa proseguirsi in via esecutiva, quando manca quella chiarezza per cui sola compete il detto privilegio.

Dal decreto d' assegnazione del termine degli otto giorni, e da quello de' cinque e dal decreto favorevole all' attore con cui rigettò le eccezioni del reo, può appellarsi entro il termine di cinque giorni a datare o dalla scienza del giudicato o dall' intimazione del medesimo, purchè il reo depositi la somma capitale e l' importo delle spese; che se però nel mentre che l' attore percorre la via esecutiva il reo oppone motivi non manifestamente irrilevanti per cui essa non abbia a competere, ed insta decidersi l' incidente, e se il giudice dichiara competere all' attore la via esecutiva, e procede ulteriormente, deve ammettersi l' appellazione anche senza il deposito, poichè se si obbligasse l' appellante a tale deposito, verrebbesi a preoccupare il merito della controversia da decidersi. Questo deposito poi si rilascia all' attore purchè dia sigurtà in forma di deposito di restituirlo in caso soccomba in appello.

L' atto di appello deve prodursi regolarmente in Modena, e in Reggio entro tre giorni utili nanti il Giudice *ad quem*. Può per altro il Giudice

a quo in Garfagnana e Lunigiana prorogarlo fino a quindici giorni, e nelle Giusdicenze forensi della Provincia Reggiana e Modonese sino ad otto. I termini in appello sono quelli di prima istanza dimidiati, e così di sei giorni, non ammessa dilazione qualunque graziosa, con avvertimento che se l' appello è interposto dall' attore soccombente, la causa diventa ordinaria. Se la sentenza nel giudizio d'appello è conforme alla prima o in tutto, o in parte, s' intima al soccombente col termine di cinque giorni ad eseguire tutto ciò in cui sono ambe le sentenze conformi.

Se nel giudizio esecutivo nascono incidenti, si trattano questi nel modo stesso che osservammo al titolo dell' appello, con le seguenti modificazioni: se la dimanda incidentale di una delle parti si riscontra dal Giudice apertamente irrilevante la rigetta, anche senza farne previa intimazione alla controparte: se poi non è manifestamente ingiusta, fissa una comparsa delle parti nanti di sè, e sentite le rispettive ragioni, decreta o nel giorno stesso o al più tardi nel successivo. Da tale decreto non si appella che dentro un triduo, e il termine a riprodurre l' appello si assegna in conformità di quanto si disse all' indicato titolo. Anche tale appellazione non è ammessa se previamente non è fatto il deposito pel Regio Erario.

Sonovi tre casi, ne' quali una causa benchè del genere dell' esecutive non può trattarsi con questa via: 1.° Se dieci anni dopo nata l' azione non si sarà chiesto al reo l' adempimento della obbligazione, o questi non l' avrà in parte adempita, dovrà battersi la via ordinaria, o sommaria secondo i casi; che se fosse opposta l' incompetenza della via esecutiva per questo titolo, non si ammetterebbe il giuramento decisorio per provare che il debitore abbia parzialmente adempito alla sua obbli-

gazione *Decis. del Sup. Consiglio* 11 *Feb.* 1817. *Zucchi con Gavioli.* 2.° Contro il debitore, sua sigurtà, e rispettivi loro Eredi immediati, può il creditore agire in via esecutiva, ma non contro gli Eredi mediati di quelli. 3.° Gli stranieri non possono agire esecutivamente contro di noi, se non provano l' esistenza di un compatato di pari trattamento a nostro favore nei Tribunali loro, quale appunto esiste fra lo Stato Estense ed il Regno Sardo. Il Forestiere non può opporre l' incompetenza della via esecutiva a chi egualmente Forestiere chiede l' assicurazione del Giudizio: *Decis. del Sup. Cons.* 26 *Maggio* 1818. *Bernardi con Casazza*; il favor del commercio però ha posto a questa terza limitazione una sublimitazione a favore delle lettere cambiali. Per la esazione di queste si può sempre procedere in via esecutiva, anzi per agire sull' appoggio di una cambiale basta che il possessore di quella, citi il debitore a riconoscere la propria firma, non essendo necessario che sia riconosciuta quella dei giranti. *Decis. del Sup. Cons.* 22 *Dicembre* 1818. *Brucci con Liuzzi.*

TITOLO IV.

DEL SEQUESTRO REALE.

Il sequestro reale è un atto giuridico, mediante il quale si assicurano al creditore le sostanze mobilari del debitore. Quantunque regolarmente non sia lecito procedere a vie di fatto prima delle giudiziali, e ad esecuzione prima della sentenza, pure, qualora corra pericolo di trafugamento delle cose che sono la garanzia comune dei creditori, e qualora si tema che dilapidate vengano le cose su cui verte giudizio, e quindi cader deve la sentenza, dalla Legge si accorda pel primo caso

il sequestro *reale* propriamente detto, e pel secondo il sequestro *provvisionale*.

Ragionando ora del primo, avvertiamo, che siccome esso è irregolare ed odioso, così, affinchè venga dal Giudice accordato, conviene che il creditore provi esser vero, e reale il proprio credito, ed essere scaduto, o che il debitore pose se medesimo in mora, nel che potrà agire all' insaputa del debitore; ed ove non riesca che a provar ciò semipienamente, deve supplire alla prova, che piena si ricerca, col giuramento: in oltre dovrà giurare sulla difficoltà di essere in altro modo soddisfatto, mentre tale sequestro non si accorda mai se il debitore possegga beni proprj, capaci a garantire il creditore: *Decis. del Sup. Cons.* 13 *Agosto* 1818. *Fano con Fano*, oppure abbia sicurtà nella Giurisdizione di quel Giudice, davanti cui viene esso chiesto.

Tutto questo necessita, ove si agisca contro un concittadino; se occorresse poi agire contro un forestiere, che non possedesse negli Stati Estensi, nè vi avesse sicurtà, basterebbe provare il credito, e la difficoltà di essere in altro modo soddisfatto, col solo giuramento.

Tale sequestro, come si è accennato, accordandosi quando evvi pericolo in mora, è esente da Conciliazione, e può chiedersi, ed eseguirsi nei giorni feriati, anche divini, ed in tempo di notte: *Decis. del Sup. Cons.* 28 *Settembre* 1816. *Righi con Bianchini, e Guzzoni.*

Ottenutosi il decreto pel sequestro, ne viene caricato il Messo dell' esecuzione. Qui è d' uopo por mente, che non tutti i mobili possono sequestrarsi, e ciò talvolta e per utile pubblico, e per umanità. La *Legge* 7. *Cod. quae res pign. obblig. poss.* vieta che segua l' esecuzione sopra i bovi aratorj, e gl' istrumenti rurali; adottò tal legge il pa-

trio Codice, e l' estese a comprendere anche gl' instrumenti, e ciò che appartiene ad arti, e professioni necessarie. fuori del caso, in cui si trattasse di debitore forestiero, che non gode di tale benefizio: *Decis. del Sup. Cons.* 21 *Maggio* 1822. *Gatti con Cavazzoni*. Si eccettua ancora tutto quello che si ravvisa alla vita indispensabile. Intorno a queste cose però ha il Giudice un equitativo arbitrio per negare, od accordare il sequestro in mancanza di altri effetti, il quale arbitrio è regolabile dalle circostanze del caso, come dall' essersi o no il debitore ridotto ad impotenza per infortunj, imperiosa necessità, o dai carichi di famiglia. Sono esenti eziandio lo stipendio, e la montura, o qualsivoglia altra parte dell' armamento del Militare, e le pensioni degl'Impiegati, e solo ne è lecito il sequestro sull'eccesso di Italiane Lir. 800. annue, sempre quando però il debito che si contrasse, non fosse per titoli alimentarj. *Circolare del Sup. Cons.* 18 *Marzo* 1817. *Decret. Sovrano* 25 *Aprile* 1818.

Sequestrati pertanto i mobili dalla Legge permessi, deve l' esecutore consegnarli a persona idonea che dicesi *Vocatario*, il quale non può farne uso per sè, nè rilasciarli a chicchessia senz' ordine del Giudice, da cui si dovrà ottenere permesso di venderli all' incanto, ove potessero deteriorare, o perire, rimanendo sotto sequestro il denaro, che se ne ricavasse.

Dopo ottenuto il sequestro, e giuntane la relazione del messo in atti, deve il creditore entro tre giorni successivi incominciare la prova della liquidazione del sequestro, al qual effetto basta riprodurre l' atto di esso, e far citare il debitore a dire e dedurre le proprie ragioni, e tal prova debb' essere compita entro venti giorni, che formano il termine in causa, spirato il quale, e non

completa, è rivocato *ipso jure* il sequestro, come cosa per sè odiosa, e straordinaria, senza potere pel medesimo titolo ottenerne un nuovo, e devono rifondersi al reo tutte le spese, i danni, e gl' interessi: *L. item* §. *si quis ff. de injuriis*. Quando il sequestro fosse seguito in giorno feriato, devesi egualmente riprodurre l' atto di esso nei tre giorni successivi alla relazione del messo benchè sieno questi feriati: *Decis. del Sup. Cons.* 7 *Maggio* 1822. *Gatti con Cavazzoni*. Però tale sequestro *ipso jure* rivocato e nullo, può dichiararsi valido, come sequestro assicurativo, quando ciò persuadesse l' equità: *Decis. del Sup. Cons.* 10 *Gennaro* 1824. *Roteglia con Rinaldi*.

Entro il sopra indicato termine dei tre giorni potrebbe il Giudice riporsi dal Decreto di sequestro, perchè decreto semplicemente bancario, e perchè ammesso senza il contraddittorio del reo: *Decis. sud.* 18 *Agosto* 1818. *Fano con Fano*.

Spirato il termine in causa, corrono dieci giorni al Giudice per la sentenza, contro della quale entro cinque giorni si ammette l' appello. È dubbio se i suddetti venti giorni debbono correre da quello della relazione in atti: pare debba dirsi dal giorno dell' ottenuto sequestro, perchè altrimenti potrebbe rimanere con ingiustizia sequestrata una cosa per un tempo indeterminato.

Conformemente alla *Leg.* 7. *Si satisdatum ff. qui satisd. cogant.*, il patrio Codice *lib.* 1. *tit.* 9. prescrisse, che col prestarsi dal debitore idonea sicurtà nel luogo dell' intrapreso giudizio, saranno riposte in libertà le cose sequestrate.

In ordine al Sequestro provvisionale si osserva venir esso definito = *Custodia rei litigiosae, decreto Judicis ex juxta causa alicui demandata.* = Lo scopo di questo è soltanto quello di conservare le cose litigiose pendente il giudizio, ed anche all'

atto d' incominciarlo, e si concede quando avvi fondato timore di dilapidazione delle medesime, per cui verificandosi la dilapidazione, illusorio renderebbesi il giudizio.

TITOLO V.

DEL SEQUESTRO PERSONALE.

Citare, convincere, e condannare, secondo i prinoipii della Giurisprudenza Romana, devesi il reo prima che si possa arrestare, e tradurre alle carceri, quando la sentenza non sia eseguibile altrimenti per mancanza di beni: *L. 2. Cod. de execut. rei judic.*, e solo puossi arrestare prima della sentenza, se costa del debito, e che il debitore abbia tentata la fuga: *L. Praetor ait ff. quae in fraud. credit.* Da questa Legge trassero molti Tribunali quel personale arresto, con cui, per assicurazione di un credito, traducendo alle carceri un debitore, si comincia un giudizio civile.

Presso i nostri Tribunali si ottiene il sequestro personale allorquando, il debito eccedendo la somma di Modonesi lire 60., si giuri non sapere, che abbia il debitore beni sufficienti, o sicurtà negli Stati Estensi, per mezzo di cui venir soddisfatto, e si giuri pure sospetto di fuga il debitore, oltre la qual prova occorre farne una semipiena almeno, del credito in ispecie, che dev' essere liquido, scaduto, non condizionato, alla quale prova semipiena devesi supplire col giuramento, a cui si ammette anche il mandatario speciale, ove abbia mandato, in cui siasi dal mandante preso giuramento alla forma legale.

Ottenutosi decreto favorevole, la cattura si eseguisce dagli esecutori in qualunque tempo, anche feriato ad onore di Dio, a riserva dei giorni del

Santissimo Natale, delle tre feste Pascali, e delle feste de' Santi Protettori de' varj luoghi. Può eseguirsi di più in qualunque luogo, purchè non si faccia nei palazzi, e nelle case ove si amministra giustizia, nella casa di abitazione, anche accidentale del debitore, o nella di lui bottega, sia propria, o condotta in affitto: neppure è permesso ne' luoghi, e ne' giorni di fiera, e di mercato l'arrestare le persone, che v' intervengono, per debiti civili, eccettuati però i debiti fiscali, e quelli fatti ne' suddetti luoghi, e tempi di fiera, e di mercato.

Sonovi persone ancora, la cattura delle quali viene dalle leggi proibita, per qui nullo sarebbe, ed invalido il sequestro; e sono: il Cavaliere, il Dottore di leggi, e d' arti, il Nobile, l' Erede beneficiato, la Donna, i Settuagenarii, fuori del caso di debiti per cambio, ed a vantaggio di essi loro: il settantesimo anno di vita, toccato appena, si ha per compito: di più sono esenti da arresto tutti quelli che godono del beneficio *deducto ne egeat*, e quelli, che non hanno libera amministrazione delle proprie cose, purchè non siensi asseriti padri di famiglia: *Decis. del Sup. Cons.* 14 *Agosto* 1824. *Barbi con Paltrinieri*.

Data la relazione dell' eseguita cattura, entro tre giorni utili deve il creditore citare il detenuto con copia del libello a dire, e dedurre contro il sequestro, altrimenti è nullo, e dovrà liberarsi il carcerato, senza poterlo più per la stessa causa carcerare, e gli si dovranno rifondere tutte le spese, e risarcire i danni, segnatamente d' ingiuria, alla quale conseguenza portano ancora la perenzione d' istanza, e la deserzione d' appello.

I termini probatorii, e reprobatorii sono la metà di quelli assegnati pel sequestro reale, e quindi di dieci giorni, spirati i quali corrono altri cinque al Giudice per la sentenza, e tre per appellare da questa.

È questione fra i pratici se il termine probatorio di venti giorni pel sequestro reale, e dieci pel personale sia perentorio anche pel reo, talchè scorsi questi non possa dar prova delle sue eccezioni: noi incliniamo per la negativa, giacchè pare, che la legge li fissi per l' attore, e non pel reo.

Se il debitore prova di possedere beni nello Stato atti a coprire il debito, se paga, deposita, o cauta, è sciolto dall' arresto, diversamente si trattiene in carcere per sei mesi, a cui, ove sia indigente e privo di mezzi per alimentarsi, si dovranno passare dal creditore quindici bolognini al giorno, repetibili ove giunga a miglior fortuna, senza però poterlo per essi metterlo nuovamente in carcere, la qual somma sarà da aumentarsi, o diminuirsi a norma delle circostanze. Scorsi poi questi sei mesi viene dimesso dalle carceri, qualora il creditore, non amasse somministrare quindici bolognini al detenuto privo di alimenti, e dieci a chi ne fosse anche in qualche modo provvisto, la quale seconda somma non sarà mai repetibile; ma il prolungato tempo alla detenzione non deve essere maggiore di altri sei mesi, quand' anche fossevi raccomandazione in carcere, per parte di altri creditori. Mancando un giorno solo il creditore all' accennata prestazione, viene liberato il debitore.

La raccomandazione in carcere si ha quando contro il già carcerato, altri usar vogliono dello stesso rimedio di cattura; pel quale effetto conviene provare quanto si è veduto pel sequestro.

Trascorso l' anno, e dimesso dalla carcere, rimane viva ancora al creditore qualunque ragione per la soddisfazione del debito, senza però potersi carcerare se non per debiti contratti dopo, quantunque altri ne avesse per lo innanzi.

Il sequestro poi, o la cattura della persona, quando si procede all' esecuzione di sentenza, di decreto,

o di precetto dato *servatis servandis*, non può ottenersi se non quando costi in atti dalla relazione del nuncio, che questi abbia tentato indarno l'esecuzione per mancanza nel debitore di mobili, semoventi, crediti, atti a rendere soddisfatto l' attore; la quale procedura è ordinata *pro forma. Decis. del Sup. Cons. Frizzi con Villani* 18 *Gennaro* 1825, e costi d' altronde nulla possedere in istabili il reo medesimo. In questi casi non si accorda il sequestro in giorni feriati divini, e in ogni caso deve sempre l' ordine essere firmato dal Giudice, e dal Notaro. La cessione dei beni libera il debitore dall' arresto: i favori sopra accennati si negano al debitore doloso.

TITOLO VI.

DELLE CONTROVERSIE INSORTE PER CONTRATTO SEGUITO NELLE FIERE, NEI MERCATI, E DELLA REDIBITORIA.

All' oggetto che ritrovi il commercio facile e spedita via alla contrattazione, il Codice Estense annoverò fra i Giudizii minori quello che talora occorre per dirimere le liti che insorgono in causa di contratti seguiti nelle fiere e nei mercati. Perciò senza riguardo a feria, appunto perchè le fiere si tollerano nei giorni festivi, per le indicate liti si può procedere nella stessa guisa che si vide concessa per le cause minori, davanti il Giudice competente, perchè vengano definite, salvo sempre l' appello in via sommaria, ove il merito oltrepassi Modonesi lire 100., e a termine di diritto la revisione, ove venga interposta nel termine di giorni quindici, pei quali due accennati scopi tiensi memoria di quanto è seguito davanti il Giudice *a quo*.

Per privilegio sono pure sommariissime anche le cause per Redibitoria, a meno che le circostanze de' casi non suggeriscano al Giudice di assegnare qualche termine, o metodo diverso.

Dall' Editto degli Edili Romani due azioni nascevano a favore del compratore, l' azione *di redibitoria*, e l' altra *quanti minoris*: *ll.* 18. *e* 44. *ff. de Ædil. Edict. &c.* La redibitoria ha per oggetto di costringere il venditore a riprendere la cosa venduta affetta da vizio occulto, ed a restituirne il prezzo conseguito. L' azione *quanti minoris* detta anche *estimatoria*, tende ad ottenere la retrodazione di tanta parte del prezzo della cosa venduta, quanto basta a ridurlo a giusti termini, avuto in considerazione il vizio della cosa. Sono diverse queste azioni in ciò che la redibitoria tende a sciogliere il contratto, rimettendo le cose in pristino, l' estimatoria a diminuire soltanto il prezzo della cosa viziosa. La prima dura sei mesi, quando il vizio è inerente alla sostanza venduta, e due soltanto, quando il vizio si scopre nelle accessioni: *ll.* 28. 31. 38. *ff. l. c.* L' estimatoria dura un anno, e soli sei mesi nei casi in cui la redibitoria è di due: *ll.* 2. e 19. *ff. eod.*

L' agire con una, anzichè coll' altra delle accennate azioni è in arbitrio del compratore; ma scelta una delle due, non può variarsi. Perchè possano aver luogo queste azioni, è d'uopo che il vizio sia preesistente alla vendita, che non sia lieve, ma grave, ed impediente l' uso della cosa, che sia di corpo, e non d' animo, a meno che, essendo di animo, talmente non influisca sul corpo, che renda l' animale inetto: *ll.* 1. *e* 44. *De Ædil. Edict.* Non hanno luogo queste azioni nelle vendite di cose vili, o minime, nella vendita delle cose fiscali, nelle locazioni, donazioni, e negli altri contratti diversi dalla vendita: *ll.* 1. *e* 48. *ff. eod.*

Oltre queste due azioni, avvi pure l' azione *ex empto l. 11. ff. de act. empt.*, che a favore del compratore ha gli stessi effetti.

Fin quì il gius comune. Presso noi è tolta l' azione *quanti minoris*, e qualunque altra diversa dalla redibitoria. Questa ha luogo nei contratti di compra e vendita di Cavalli, e Bestie bovine, non indistintamente però per tutti i difetti occulti, ma solo per cinque. Questi sono, quanto ai Cavalli: Bolsaggine, Cimorro, Restio, Doglia vecchia, e Lunatico. Rispetto ai Bovini: Tosse, Doglia vecchia, Orinar sangue, Percuotere colle corna, e Mal caduco.

Benchè nella vendita di questi animali non siasi pattuito alcuno mantenimento, è però *de jure* tenuto il venditore a garantire gli animali venduti esenti dagli indicati difetti; e così per niente più che per essi, sarà il venditore responsabile, quantunque abbia nella vendita mantenuti effrenatamente sani, e schietti, da uomo dabbene ecc. gli animali: il che per altro si verifica, quando un patto speciale ed espresso non sia fra i contraenti intervenuto, col quale il compratore abbia riportato promessa di mantenimento da qualche altro difetto, come per esempio, che il cavallo sia quieto al tiro, che non soffra l' ombra, e simili; nel qual caso il venditore è tenuto a tutti i vizj espressamente nel patto contemplati.

I primi quattro degli accennati difetti debbono dal compratore denunziarsi al venditore entro otto giorni da quello della fatta consegna, ed il quinto in ambe le specie d' animali, entro cinquanta giorni.

Quanto alla procedura di queste cause, che è sempre, come abbiam detto, sommariissima, contestata la lite, gli animali in quistione si dovranno porre in luogo da determinarsi di consenso delle parti, e in loro discordia dal Giudice, anche *ex offitio*. Così, contestata la lite, il compratore è te-

nuto, a depositare il prezzo degli animali, quando ne sia scaduto il pagamento. Se dopo quindici giorni, dacchè furono fatti gli opportuni esperimenti sugli animali, la causa non si è definita, il Giudice fa vendere all' incanto gli animali, e ne fa depositare il prezzo, onde le spese del mantenimento non abbiano a superare il valore degli animali medesimi.

L' azione di redibitoria, nel caso che gli animali siano passati in più mani, compete non solo all' ultimo, ma eziandio agli altri intermedj compratori, purchè da essi venga intentata nei termini rispettivamente stabiliti.

Nelle compre di molti animali può avvenire che alcuni di quelli sieno affetti da vizj, pei quali si concede la redibitoria, e può nascere dubbio se per tutti, o soltanto pei viziati, debba essa accordarsi; è regola però sanzionata dalla *Legge* 34. *ff. de Ædil. Edict.* l' osservare se il compratore non avesse fatta la compra, non potendosene valere di tutti, e l'osservare se il prezzo fu stabilito in corpo per tutti gli animali, o per ciascuno de' medesimi; nei due primi casi la redibitoria deve aver luogo per tutti gli animali, e in quanto all' ultimo soltanto pei viziosi.

Cessa la redibitoria in tre casi: 1.° Quando il contratto seguì in tempo e luogo di fiera: 2.° Quando espressamente fu pattuito di non voler garantire gli animali, ma fu detto di darli e riceverli come *un sacco d' ossa, a fuoco e fiamma, quanto è lunga la corda*, e simili: 3.° Quando finalmente il compratore ha lasciato scorrere gli otto, e rispettivamente i cinquanta giorni suddetti, senza denunziare al venditore il difetto scoperto.

L'appellazione in queste cause non induce mai l' effetto sospensivo.

TITOLO VII.

DEL COMPROMESSO.

Il Compromesso è un atto con cui due parti scelgono uno, o più Arbitri a decidere una causa, con promessa di starne al giudizio. L' Arbitro si definisce = *Vir bonus qui partium compromisso, vel constipulatione electus, officium causam cognoscendi, definiendique recipit.* = *ll.* 1. *et* 13. §. 2. *ff. l.* 1. *Cod. de recept.*

Il Compromesso altro è *Volontario* o *Spontaneo,* altro *Forzoso.* Il primo è qnello in cui le parti spontaneamente convengono di rimettere la loro lite alla decisione di arbitri, affine di scansare le spese, e le vessazioni, che porta seco un formale giudizio. Il secondo è quello, che ha luogo forzosamente, e per disposizione di legge fra persone costituite entro certi gradi di parentela, qnalora le parti, od una di esse in tempo debito lo chiede.

Siccome il compromesso è una specie di transazione, così non possono compromettere quelli, cui è proibito di transigere, quelli cioè, che non hanno libera amministrazione delle proprie cose. Per la stessa ragione non è lecito compromettere in cause, che non possono formar soggetto di una transazione; quindi non può aver luogo il compromesso nelle cause, che non offrono ragionevole motivo di dubbio sul diritto delle parti, come nelle cause esecutive: nelle cause criminali, in cui è tolta la facoltà di agire civilmente, ed in quelle che riguardano la libertà; il Gius Canonico al *cap. penult. de in integr. restit.* vieta il compromesso anche nelle cause matrimoniali.

Essendo l' arbitro compromissario una specie di Giudice, a tale uffizio non può essere in conseguenza nominato chi dalle leggi è ritenuto inca-

pace di vestire la qualità di Giudice; quindi non potranno essere eletti ad arbitri i minori d'anni venti *l.* 25. *ff. de recept.*, le donne *l. fin. Cod. eod.*, i muti, i furiosi, i sordi, i servi *l.* 8. §. 9. *ff. eod.*: così il Giudice ordinario per gius civile non può essere nominato arbitro *l.* 9. §. 2. *ff. de receptis*; ma lo può per disposizione del gius Canonico *Cap.* 10. *de arbitr.*, e per pratica *Voet. ad Pandect. lib.* 4. *tit.* 8. §. 8.

È poi facoltà dell'arbitro di accettare, o rifiutare il compromesso; ma assunto che ne abbia l'onere, è tenuto a darne il suo lodo *l.* 3. *tametsi ff. eod.*, a meno che non sopravvenga qualche legittima causa di scusa, come l'inimicizia capitale con una delle parti, il conferimento di pubblica carica, una malattia, e simili.

Nei compromessi volontarj possono le parti stabilire quanto loro più piace rispetto alla procedura, ed anche abilitare i compromissarj ad agire sommariamente, e senza strepito e figura di giudizio. Gli arbitri sono sempre tenuti a decretare entro i limiti, ed in conformità dei termini del compromesso; sotto del quale non cadono che gli articoli dalle parti espressamente menzionati nella relativa scrittura preliminare. I compromessi forzosi però, a termine del patrio Codice a questo titolo, si trattano in modo sommario, talchè, entro quaranta giorni, da quello della elezione degli arbitri, debbono questi proferire il loro lodo, quando le circostanze non consigliassero di prorogarne i termini.

Il compromesso forzoso, come si è altrove accennato, ha luogo presso di noi fra gli Ascendenti, e Discendenti, i Fratelli e le Sorelle, gli Zii ed i Nipoti *ex fratre*, lo Suocero e la Nuora, il Patrigno ed il Figliastro, il Marito e la Moglie, la Cognata vedova ed i Cognati di lei; e ciò purchè sia chiesto

dall' attore allorchè presenta al Giudice il suo libello, o dal reo prima di contestar lite.

La petizione del compromesso si notifica all'altra parte, con assegnazione del termine di otto giorni ad eleggere il proprio Arbitro, e a stabilire le leggi del compromesso. Questa elezione può farsi con istrumento, ed anche con iscritto privato da inserirsi negli atti; e non è necessario che cada sopra persona abitante nel luogo del Giudizio, o piuttosto d' uno, che d' altro paese: *Decis. del Sup. Cons. 26 Maggio 1825. Landi con Landi.* In caso che una parte sia contumace ad eleggere il proprio compromissario, la cui nomina può essere rimessa anche all' arbitrio di un terzo, il Giudice o ne elegge uno d' uffizio, oppure conferma per ambe le parti quello che è stato eletto da una di esse.

Nel caso, che il giudizio degli arbitri si trovi discorde, le parti entro otto giorni, dacchè fu proferito il lodo rispettivo, procedono all' elezione del terzo, il quale d' altronde può nominarsi dagli arbitri stessi, ove siano stati a ciò dalle parti abilitati *l. 17. sed usitatum ff. de receptis*. Che se i primi arbitri furono tre, ed uno di essi fu discorde dagli altri due, non si farà luogo all' elezione del terzo, ma si starà al giudizio conforme degli altri due. Nel qual proposito vuolsi osservare, che alla validità del lodo proferito dai due arbitri consenzienti, è necessario sia stato presente il terzo, che dissentì perchè, come dice la suddetta *Legge 17.*, la sua presenza avrebbe potuto rimovere gli altri dalla loro opinione.

Il Compromesso spira colla morte dell' arbitro, o con quella di uno dei litiganti, se non si è fatto espressa menzione dagli eredi *l. 27. ff. eod.*; col mutuo dissenso; e col lasso del tempo entro cui devesi dare il lodo, quando il tempo non sia stato prorogato. In questi casi le parti debbono dedurre, e prose-

guire le loro ragioni nanti il Giudice ordinario. Secondo la disposizione del patrio Codice *lib.* 1. *tit.* 13. §. 5. svanirà il compromesso, anche nel caso in cui, fattosi luogo all'elezione del terzo compromissario, il voto di questo fosse stato discorde da ambi i giudizj dei precedenti compromissarj; ma ora non s' intende per l' indicata causa spirato il compromesso, quando alcuna delle parti, entro il termine legittimo, presenti ricorso al Supremo Consiglio di Giustizia, affinchè sia in unica istanza conosciuta, e definita la vertenza *l.* 28 *Maggio* 1819. §. 53. Secondo la *Leg.* 27. *stari autem* §. 2. *ff. de receptis* le parti devono stare al lodo o giusto, od iniquo che sia, imputando a se stesse la cattiva scelta degli arbitri. Secondo però la pratica comune un lodo manifestamente ingiusto si riduce all'equità: *Decis. del Sup. Cons.* 5 *Agosto* 1815. *Farioli con Farioli.* Il nostro Codice nega l'appello dal lodo, e ne accorda soltanto la revisione nanti il Supremo Consiglio, tanto se il lodo è difinitivo, quanto se si tratta d'interlocutorio: *Decis. del Sup. Cons.* 13 *Giugno* 1821. *Malagoli con Malagoli*. Questa revisione deve implorarsi nel termine di un mese, scorso il quale infruttuosamente, si darà luogo all' esecuzione, che spetterà a quel Giudice ordinario, il quale sarebbe stato competente, se la causa si fosse trattata in via ordinaria: *Decis. del Sup. Cons.* 17 *Novembre* 1818. *Segrè con Segrè*. Per regola generale il Lodo degli arbitri non è soggetto alla revisione, quando le parti vi hanno rinunziato: *Decis. suddetta* 5 *Agosto* 1815. *Farioli con Farioli,* a meno che non si trattasse di lodo assolutamente nullo, od erroneo, come per avere gli arbitri ecceduto i limiti del compromesso, e simili: il che si vide ancora al titolo della prova peritale.

È una specie di Compromesso anche quell'atto con cui due parti all' oggetto di togliere di mezzo una quistione insorta o da insorgere, nominano uno o più arbitratori, onde avere il loro lodo.

L' arbitratore per altro differisce dall'arbitro in ciò, che questi è costretto giudicare *ad tramites juris*, quello può farlo *ex equo & bono*, ed anche come mediatore comporre le parti nella loro controversia; l' arbitro deve osservare la forma del giudizio stabilita dalle parti compromittenti, ed in difetto, dalla Legge municipale, e l'arbitratore non è tenuto osservare ordine alcuno di giudizio; l'arbitro pronuncia una specie di sentenza, e l'arbitratore spesse volte propone un piano di transazione, e così pon fine alla lite; finalmente una Donna può essere scelta all' uffizio di arbitratore, ma non mai di arbitro.

TITOLO VIII.

DEL SINDACATO.

Il Sindacato, a cui ogni Giusdicente al terminare del suo uffizio è soggetto, consiste in un giudizio promosso da chiunque crede aver diritto d'essere indennizzato de'danni sofferti per fatto del Giusdicente medesimo, o di qualche individuo della sua famiglia. Da tal giudizio niuno può esimersi per qualsivoglia pretesto, nemmeno di liberazione che glie ne fosse stata fatta dai Sudditi, o dal Corpo del Pubblico.

All' oggetto d' instituire il Sindacato, il Consiglio pubblico della Città, o del Luogo di residenza del Giusdicente, presieduto da un Delegato di Governo, sceglie all' ufficio di Sindacatori almeno due probe persone idonee e capaci, che debbono giurare nelle mani del Cancelliere del Pubblico di fedel-

mente eseguire l' uffizio medesimo, e di avere per unico scopo la Giustizia.

Questi sindacatori, che possono essere eletti anche fra persone non legali, approvati che sieno dal Governo, avvisano il Pubblico, mediante proclama, che col tal giorno ed ora resta aperto il Sindacato al giusdicente. D'allora corrono quattro giorni per gli abitanti nella giurisdizione, ed otto per gli esistenti fuori della medesima, e per i forestieri a produrre le loro querele; scorsi questi termini rispettivamente, senza che siasi prodotta alcuna accusa, niuno è più ascoltato, ed il Giudice viene assoluto.

Possonò presentarsi le querele, non solo per ciò che riguarda direttamente il fatto del Giudice, o della sua famiglia; ma ancora pei fatti propri dei Cancellieri, Bargelli, o Esecutori nell' esercizio dei loro impieghi, semprecchè in tempo opportuno ne sianò state fatte al Giudice le debite rimostranze, munite delle necessarie prove, ed egli abbia ommesso di provvedervi.

Le querele date nei termini sopraindicati si leggono al Giudice, che è tenuto a rispondere chiaramente e senza condizione, restando poscia a lui, ed ai querelanti assegnato il termine di dieci giorni ad aver fatto qualunque prova, e riprova; il qual termine può prorogarsi ad arbitrio dei sindacatori per altri sei giorni, e non più, dovendosi nei sindacati procedere sommariamente, ed anche in qualunque giorno feriato ad onore di Dio.

Dopo il lasso di questo termine probatorio e reprobatorio, corrono quattro giorni ai Giudici sindacatori a proferire sentenza. Da questa non si dà appello, nè revisione; ma può ricorrersi soltanto al Sovrano per quelle provvidenze che giudicherà opportune.

La sentenza che si emana, come sopra, contro il Giudice, dev' eseguirsi dal di lui successore, essendo giusto che coloro, i quali furono danneggiati, trovino reintegro nel luogo stesso del danno arrecato. Anzi, perchè questo reintegro non fallisca mai, è prescritto che il Giudice da assoggettarsi al sindacato debba presentare idonea cauzione, o ipotecaria, o fidejussoria, di stare a ragione e di pagare il giudicato; la qual cauzione sussiste fintantochè il Giudice, o la sua sicurtà non abbiano giustificato che la sentenza condannatoria fu eseguita.

Se nel giudizio di Sindacato il Giudice si scoprisse reo di qualche delitto, i Sindacatori dovrebbero renderne inteso il Supremo Consiglio, essendo la loro competenza ristretta a conoscere, e giudicare soltanto di quei fatti, che possono dar luogo al risarcimento de' danni.

Pendente il Sindacato, il Giudice non può emanare decreti, fuori di quelli di semplice ordinatoria, onde non abbiasi ad arrestare il corso della retta amministrazione della giustizia.

Al Sindacato sono soggetti ancora i Cancellieri criminali, per quanto concerne il loro uffizio.

TITOLO IX.

DELL' INTERPELLAZIONE DA FARSI AL CONFINANTE PER L' INTRAPRESA DI NUOVO LAVORO, E DELLA CAUZIONE *DE DAMNO INFECTO*.

Abbiasi, o no, diritto di costruire nel comune confine qualche nuovo lavoro, deve prima ottenersene il consenso del vicino o dei vicini, altrimenti questi possono farne sospendere la continuazione. Tale principio, che tende a prevenire le liti, e ad impedire possibilmente la demolizione, o sospensione dei lavori, parte dalla *L. 1. ff. de nov. op.*

nunciat., ed è stato adottato dalle patrie Leggi. Presso noi chi costruisce, innalza, cambia d' aspetto, innova muro, siepe, finestra, o fosso, e simili, senza riportare il consenso del vicino, ad ogn' istanza del medesimo è tenuto a ridurre la cosa in pristino, senza neppure poter offrire la sicurtà di demolire.

Il consenso può essere *espresso*, *presunto*, o *tacito*. L' *espresso* si ha allorchè, avendo l' innovante giudizialmente, o stragiudizialmente notificato al vicino con chiarezza la qualità dell' opera da intraprendersi colle circostanze tutte relative al modo d' eseguirla, questi tutto accorda, o in voce, o in iscritto : il *presunto* ha luogo quando, dietro la notificazione suddetta giudizialmente fatta al vicino, questi nel termine, che a misura delle circostanze gli viene assegnato dal Giudice, o a prestare l' assenso, o a dichiararne il dissenso, nulla risponde: il *tacito* finalmente si ha quando l' innovante ha cominciato e proseguito senz' ostacolo per otto giorni continui il nuovo lavoro, con iscienza e pazienza del vicino.

Il Giudizio di denunzia di nuovo lavoro regolarmente è sommario. Se la persona da interpellarsi è fuori di giurisdizione, si cita come gli assenti, e non soggetti alla giurisdizione . Se l' interpellato in termine presenta il suo dissenso, l' attore interpellante deve presentare al Giudice un' istanza , in cui con chiarezza esprima la sua intenzione, e dia fumo del buon diritto che l' assiste, per la costruzione del nuovo lavoro. Il Giudice in calce a tale libello assegna all' interpellato tre giorni a rispondere, deducendo ogni sua occorrenza, scorsi i quali, si ha per contestata la lite, e corrono i termini probatorj e reprobatorj delle cause sommarie, con facoltà al Giudice di prorogarli ad istanza delle parti, ed a suo regolato arbitrio.

In queste cause la sentenza non è appellabile, e si manda immediatamente ad esecuzione, restando al soccombente soltanto il rimedio della revisione, da invocarsi entro quindici giorni davanti il Supremo Consiglio, agli atti del quale l' interpellante vincitore in prima istanza deve dar sicurtà idonea di demolire il nuovo lavoro, e di rimettere le cose nel pristino stato pel caso, che resti soccombente in ultima istanza.

L' attore che non ha interpellato il confinante quando ha intrapreso e continuato il lavoro per oltre otto giorni, è tenuto a far costare che il vicino ebbe notizia dell' innovazione, e non ostante si tacque, nè si oppose o colla voce, o con qualche fatto denotante la sua contraddizione, come sarebbe il getto d' un sasso sull' opera incominciata, e simili.

Può taluno opporsi all' incominciamento, od al proseguimento di un lavoro in confine per causa o *naturale*, o *pubblica*, o *impositizia*: Per causa *naturale*, quando il vicino intende di fare innovazioni in confine a lesione di un diritto che per natura a noi compete: per causa *pubblica*, quando cerchiamo impedire un tal lavoro, che contravviene al disposto delle leggi: per causa *impositizia*, quando il vicino agisce contro quelle servitù, che a favore del nostro imposo sul proprio fondo. Per causa *pubblica* può opporsi chiunque del Popolo, tranne i pupilli, e le donne : *l. de pupillo ff. h. t.*, per causa *naturale*, od *impositizia* lo può chiunque ha diritto sulla cosa che potrebbe rimaner pregiudicata dal nuovo lavoro, sia quegli padrone utile, o diretto. Da ciò si vede che il colono, o l' inquilino non ha diritto di opporsi, mancando di qualsiasi dominio.

Se il lavoro da cui puossi risentir danno è compito, riesce inopportuna la denunzia, di cui abbia-

mo sopra parlato, non avendo essa luogo che per lavori futuri: perciò nel caso appunto di lavoro compito, si ricorre, secondo il gius comune, alla cauzione *de damno infecto. Damnum infectum* è qualsivoglia ingiusta diminuzione del nostro patrimonio: *l. damnum ff. de damn. infect.*; e tale si ritiene, quand' anche il danno non sia in atto, ma in semplice potenza, come per esempio, se la fabbrica del mio vicino minacciasse ruina, da cui potesse la mia casa restar distrutta, o pregiudicata, o se gli scavamenti di terreno fatti in troppa vicinanza del mio fabbricato ne rendessero deteriorati i fondamenti. In tutti questi, e simili casi, puossi, a termini di gius comune, chiedere al vicino che garantisca anticipatamente per l'indennità, avvenendo il temuto danno, e se la cauzione viene negata, puossi ottenere di essere immesso nel possesso dei beni del vicino.

Oggi però non è più in uso questa cauzione *de damno infecto*; ma si provvede ai danni temibili, o mediante una giudiziale protesta di rifusione di danni, spese ecc. da intimarsi al vicino, o mediante penale precetto, con cui gli s' ingiunga di togliere la causa del danno futuro, o finalmente, trattandosi di danno arrecabile da fabbrica minacciante ruina, mediante ricorso al Magistrato comunale avente sopraintendenza alle fabbriche, onde precetti, come far suole, il proprietario a rifabbricare il muro cadente, od almeno a puntellarlo per ora, in caso d' istantanea necessità, con comminatoria o dell' esecuzione d' uffizio, o della vendita all' incanto della casa ruinosa.

TITOLO X.

DELLA CESSIONE DEI BENI, DEL CONCORSO DE' CREDITORI, E DEI FALLIMENTI.

In due circostanze ha luogo il concorso generale ai beni di un debitore, cioè quando tre creditori contemporaneamente agiscono contro un solo debitore, e contendono insieme di prelazione: *l.* 28 *Agosto* 1790 §. 2., e quando il debitore cede i proprj beni: *Cod. Pat. lib.* 1. *tit.* 19. §. 5.

Questa cessione è un atto, col quale chi fallisce per disgrazia, rassegna tutti i suoi beni alla protezione della Curia, onde su di essi vengano soddisfatti tutti i creditori nel miglior modo possibile, ed il fallito resti così sottratto dal pericolo dell' arresto personale.

Affinchè questo benefizio, introdotto unicamente a favore degli sventurati, non venga accordato ai falliti dolosi, le patrie leggi prescrivono che niuno sia ammesso alla cessione de' beni, se prima non ha riportato la Sovrana Abilitazione, la quale deve sempre essere preceduta da relazione del Giudice, nanti cui per ragione dell' origine, o del domicilio del debitore deve aprirsi il concorso. A quest' uopo è necessario che il debitore in contraddittorio de' suoi creditori produca agli atti uno stato specifico delle sue attività e passività, e giustifichi gl' infortunj, che senza sua colpa diedero luogo al fallimento: dietro di che il Giudice, sentito chiunque di ragione, riferisce al Sovrano, il quale a seconda delle circostanze, accorda o niega l' abilitazione. Ma non ostante l' ottenuta Sovrana Grazia, che s' intende sempre condizionata e dipendente dalla verità degli esposti motivi, il debitore decaderebbe dal benefizio della cessione, quando la decozione si venisse in seguito a scoprire

fraudolenta e dolosa, o quand' esso pagasse alcun creditore a preferenza, ed in pregiudizio degli altri.

Dopo che si è ottenuto il benefizio della cessione dei beni, si apre il giudizio di concorso dei creditori, che, come abbiamo altrove accennato, è di competenza dei Tribunali di prima istanza. Questo giudizio, nel quale intervengono tutti quanti i creditori dello stato, è *universale*, e perciò appunto assorbe, e riduce in sè ogni altro particolare giudizio, che fosse pendente in qualche foro contro il debitore.

Nominatosi dal Giudice delegato presso il Tribunale, ad istanza dei creditori un Curatore alle sostanze cedute, questi fa citare 1.° i creditori certi, mediante speciali citazioni con termine di quindici giorni; 2.° gl' incerti, mediante pubblici proclami, da affiggersi anche alla casa d' ultima abitazione del fallito, con termine non minore di trenta giorni, onde gli uni e gli altri insinuino i loro crediti entro i giorni rispettivamente assegnati; 3.° tutti i debitori terrieri del fallito, mediante pubblici proclami, con termine di dieci giorni; 4.° finalmente i debitori forestieri, con termine di venti giorni, affinchè tanto i primi, che i secondi denunzino fedelmente allo stato concursuale i contratti già seguiti tra essi e il decotto, e paghino entro altrettanti giorni rispettivamente i debiti loro; sotto pena del doppio, che si applica in caso per metà al curatore, e per l' altra metà agli ultimi creditori non aventi capienza; la qual pena per altro non ha luogo, ove il ritardo sia legalmente giustificato.

I Creditori, che hanno a loro favore una sicurtà, non volendo concorrere nello stato, debbono citare entro otto giorni il loro fidejussore, ad assumere sopra di sè il giudizio: perlocchè da una

parte il creditore conserva ogni sua ragione in faccia al Fidejussore, e questi dall'altra è tenuto ad insinuare agli atti del concorso il credito pel quale egli si costituì mallevadore, altrimenti perde l'anteriorità, e la poziorità del suo titolo, rimanendogli soltanto un' azione personale contro il comun debitore, da esercitarsi allorchè questi giunga a miglior fortuna.

In pendenza dei termini probatorj, deve il Giudice, trattandosi specialmente di decotti negozianti, porre in sicuro la massa dei beni, farne rilevare il valore, nominare uno, o più economi onde procedano ad eseguire il bilancio dell' attivo, e del passivo, chiamare in sessione tutti i creditori, e comunicar loro il risultato delle operazioni, onde possano determinare ciò, che meglio loro conviene, per non impegnarsi in un lungo giudizio. In questa sessione deve il Giudice ancora interporsi per comporre i creditori, far riconoscere *ex equo & bono* le apoche private, verificare i crediti non eccezionabili, e combinare la vendita delle cose soggette a deperimento, o la cui conservazione porta spesa allo stato; e ciò per erogarne il ricavato nella dimissione de'creditori incontrastabilmente poziori, ed anteriori, i quali sono sempre obbligati a prestare idonea cauzione di restituire, e conferire. E quì cade in acconcio di osservare, che se due terzi dei creditori chirografarj, purchè uniti insieme assorbiscano anche due terzi della somma loro in complesso dovuta, accordano al debitore un ribasso, ovvero una dilazione, gli altri creditori della stessa classe sono obbligati ad aderire a tale accordo, quando non costi che il fallimento sia stato doloso. I creditori però che hanno sicurtà, non sono tenuti a stare al fatto degli altri, e possono agire contro i Fidejussori anche sussidiarj, perchè assumano il giudizio, ed intanto paghino per intiero il debito.

Finalmente scorsi i termini probatorj e reprobatorj, il Giudice passa a graduare i creditori colle norme, che vedremo, parlando del Sistema ipotecario. Data la sentenza graduatoriale, si assegnano quindici giorni ai creditori ad avere comunicazione della medesima, e a presentare in caso, le loro domande per riforma. Se in apposita sessione il Giudice Relatore non riesce a mettere d' accordo i creditori opponenti, decide sulle loro pretese, salvo ad essi appello all' intero Tribunale, e in caso la revisione. Intanto il Curatore insta per la vendita all' incanto dei beni della massa, che fossero tuttora invenduti, previa legale stima, nè il creditore avente ipoteca speciale può ritardare tal vendita; giacchè l' ipoteca si ritiene surrogata sul prezzo, che resta nelle mani del compratore, coll' obbligo di corrisponderne il frutto da convenirsi, in pendenza del pagamento. Che se il compratore, onde esimersi dal frutto, volesse fare deposito del prezzo, il Giudice potrà distribuirlo ai creditori, che compirono le loro incombenze, salvo però sempre il diritto di detta speciale ipoteca. In mancanza di obblatori i fondi si aggiudicano ai creditori, a giusta stima, e rispetto ai creditori di censi, si assegnano loro tanti beni equivalenti al capitale, ed a suoi frutti, benchè non rendano un frutto eguale al pattuito originariamente.

Dopo ch' è stata eseguita l' aggiudicazione non può aver luogo il *gius offerendi* a favore dei creditori, benchè privilegiati, che fossero rimasti insoluti; pel qual *gius offerendi* in questo caso s' intende la facoltà, che talvolta compete al creditore posteriore di reclamare dall' anteriore un fondo avuto in aggiudicazione, offrendo di sborsare la somma, per cui l' aggiudicazione stessa è seguita. I beni del debitore fallito non costituiscono per altro la sola garanzia dei creditori, quando esso sia

soggetto alla patria, od avita podestà. Il Padre, e l'Avo paterno sono obbligati pei figli, e rispettivi nepoti falliti, i quali al tempo del fallimento non erano emancipati, e contro d'essi eziandio possono i creditori esercitare le loro azioni, a meno che non sia intervenuta per parte del Padre, od Avo, formale e pubblica protesta di non volere essere tenuti ai debiti del figlio o nipote; nel qual caso non saranno essi tenuti pei debiti che poi seguissero, ma solo per gli antecedenti alla detta protesta.

I creditori che compariscono nel concorso dopo inoltrato il giudizio, e molto più dopo la conclusione in causa, non possono pretendere alcuna sospensione di termini, ma si ammettono nello stato, in cui si trova la causa. Se però si tratta di pupilli, minori, assenti aventi Procuratore *in loco*, od altri simili privilegiati, si assegna loro un termine a dedurre le proprie ragioni; scorso il quale infruttuosamente, non sono più ascoltati, e solo rimangono ad essi riservate le loro ragioni contro i rispettivi Tutori, od Amministratori negligenti: che se insorgeranno creditori non comparsi neppure dopo conchiuso in causa, e prima della definizione del giudizio, si avranno per decaduti da ogni ragione di anteriorità, e poziorità, restando loro per altro salva la facoltà di agire in separato giudizio contro il comune debitore. Solo i forestieri, cioè di aliena giurisdizione, e gli assenti destituti di Procuratore *in loco*, i quali fossero stati citati per semplice proclama generale, e non specialmente per mezzo di sussidiaria, possono essere ascoltati sei mesi dopo la sentenza graduatoriale, quando abbiano ragionevole motivo di scusa per non essere comparsi. Ma in qualunque caso, in cui un nuovo creditore può essere ascoltato dopo la graduatoria, deve egli agire contro l'ultimo o gli ultimi dei

graduati e soddisfatti, onde subentrare in loro luogo per la concorrente quantità del suo credito; al qual fine si dovrà dai creditori graduati all' atto di conseguire la loro soddisfazione, prestare la suddetta sicurtà di restituire agli anteriori, e conferire cogli uguali; salva loro, al verificarsi di uno di questi casi, la ragione di ripetere dal creditore che subentrerà, la rifazione delle spese occorse in migliorare, anche voluttuosamente, i beni, che furono già ad essi aggiudicati.

Noi non parleremo del modo di punire i falliti dolosi, essendo questo oggetto di criminale. Avvertiremo soltanto, che ogni fallito è tenuto entro tre giorni dal fallimento a presentare alla Curia criminale tutti i libri, le filze de' conti, le scritture, le lettere, gl' istrumenti che appartengono in qualsivoglia modo agli affari, ed alle facoltà di lui, ed a costituirsi spontaneamente nelle pubbliche carceri, per render conto delle sue azioni, e giustificare, entro il termine da assegnarglisi, che il suo fallimento è fortuito, e non doloso. Sopra di ciò decide il Supremo Consiglio, che trovando essere il caso meritevole di compassione, ordina che il fallito sia allargato dalle carceri, previa però sicurtà di costituirsi di nuovo ad ogni legittima richiesta. Secondo il disposto dalle patrie nostre leggi, il fallimento assume il carattere di doloso, quando il fallito o non adempì all' obbligo di costituirsi in carcere, o si ritirò dalla casa o dal negozio, o sottrasse i libri, gl' inventarj, i bilanci, o li lasciò difettosi, od occultò effetti a pregiudizio dei creditori, o dichiarò qualcheduno creditore di maggior somma di quella, che gli fosse legittimamente dovuta, o contrasse debiti un mese prima della scoperta decozione, o quando insomma il fallimento fosse preceduto, od accompagnato da circostanze indicanti colpa o dolo nel fallito, nei

quali casi tutti si potrà procedere criminalmente contro di lui, e contro chiunque avesse avuto parte nella colpa e nel dolo, a seconda delle circostanze.

Queste sono le teorie più essenziali che risguardano la Procedura Forense combinata colle disposizioni del nostro Sovrano Codice: siccome però nelle ulteriori due Sezioni di questi Scritti si offrirà campo di osservare molti di quei casi, che debbono essere dalle suddette teorie regolati, così ci starà a cuore di richiamarle alla memoria, onde, aggiungendo loro nuova luce, più agevole ne riesca l'applicazione.

INDICE

DEI TITOLI CONTENUTI IN QUESTO PRIMO VOLUME.

Parte IV.

Parte V.

Parte Ultima.

Tabella dimostrante le Giusdicenze, e Vicegerenze de' Dominj Estensi, e le rispettive Residenze, e Circondarj. (*)

Residenza delle Giusdicenze	Comuni che ne compongono i Circondarj	Residenza delle Vicegerenze
	PROVINCIA DI MODENA	
Modena (1)	Modena, Rubiera, Formigine, e Buonporto . .	Formigine, e Buonporto
Mirandola . .	Mirandola, e Concordia	Concordia . .
Carpi	Carpi, S. Martino in Rio, Novi e Rovereto . .	Novi . . . . .
Finale	Finale, e Cabianca	. . . .
Sassuolo . . .	Sassuolo, S. Michele, Torre, e Montagnano . .	. . . .
Vignola . . .	Vignola, e Spilamberto	. . . .
S. Felice . .	S. Felice	. . . .
Pavullo . . .	Pavullo, porzioni di Polinago, Monfestino, Pievepelago, e Fiumalbo	Pievepelago .
Montefiorino.	Montefiorino, porzioni di Polinago, e Monfestino	. . . .
Nonantola . .	Nonantola	. . . .
Fanano . . .	Fanano, e Sestola	. . . .
Guiglia . . .	Guiglia	. . . .
Montese . . .	Montese	. . . .
	(1) *In Modena esistono due Giusdicenze, l'una al Civile destinata, e l'altra al Criminale.*	
	PROVINCIA DI REGGIO	
Reggio (2)	Reggio	. . . .
Correggio . .	Correggio, e Novellara	Novellara . .
Brescello . .	Brescello, e Gualtieri	Gualtieri . .
Scandiano . .	Scandiano, e Castellarano	Castellarano .
Montecchio .	Montecchio, S. Polo, S. Ilario, e Bazzano . .	S. Polo . . .
Castelnovo ne' Monti . . .	Castelnovo, Bosana, e Scurano	. . . .
Carpineti . .	Carpineti	. . . .
Minozzo . . .	Minozzo	. . . .
	(2) *In Reggio esistono pure due Giusdicenze, come in Modena.*	
	PROVINCIE DI GARFAGNANA, E LUNIGIANA	
Garfagnana		
Castelnuovo	Castelnuovo, e parte delle Terre nuove	. . . .
Camporgiano	Camporgiano, e parte delle Terre nuove . . .	. . . .
Trassilico . .	Trassilico	. . . .
Castiglione .	Castiglione	. . . .
Lunigiana		
Aulla	Aulla, e Villafranca	. . . .
Tresana . . .	Tresana, Mulazzo, Rocchetta, e Podenzana . . .	. . . .
Fosdinovo .	Fosdinovo	. . . .
Licciana . . .	Licciana, Pontebosio, Treschietto, e Varano . . .	. . . .

(*) *Vedi le Pag. 24 e 25 alle quali la presente Tabella si riferisce.*

IN ALCUNE COPIE

			ERRORI	CORREZIONI
Pag.	8.	Lin. 8.	sia, o inoficiosa	sia, o no inofficiosa
,,	9.	,, 10.	il fondo	al fondo
,,	28.	,, 33.	farla	farla
,,	id.	,, 36.	Giudicente	Vicagerente
,,	31.	,, 2.	che	Chi
,,	33.	,, 21.	la competanze	la competenza
,,	63.	,, 6.	stesso	spesso
,,	66.	,, 22.	Alla donna	La donna
,,	70.	,, 33.	solvendo: esse	solvendo esse:
,,	id.	,, 34.	*dandam si*	*dandam. Si*
,,	83.	,, 20.	convenire	convenirsi
,,	87.	,, 6.	fosse	non fosse
,,	114.	,, 36.	*vestibus*	*vestitus*
,,	171.	,, 29.	a suppor sì	a supporsi
,,	212.	,, 8.	caeo	caeco
,,	238.	,, 34.	la prescriziona *juris*	la presunziona *juris*
,,	243.	,, 9.	prova provate, che a	che prove provate, a
,,	249.	,, 24.	allega	allegando
,,	253.	,, 27.	*instrum*. Sempre	*instrum.*, sempre
,,	365.	,, 18.	ammesso	emmesso
,,	375.	,, 34.	dagli	degli

MODENA

PER GLI EREDI SOLIANI

TIPOGRAFI REALI

1827.